

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN  
Istituzioni e mercati, diritti e tutele

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: Area 12/G2 Diritto processuale penale

Settore Scientifico disciplinare: IUS16

TITOLO TESI  
**“ABUSO DEL PROCESSO, ABUSO DI STRUMENTI  
PROCESSUALI E *ABUSE OF PROCESS DOCTRINE*: UNA  
COMPARAZIONE AL CROCEVIA FRA LEGALITÀ FORMALE E  
SOSTANZIALE”**

Presentata da: **Giuseppe Centamore**

**Coordinatore Dottorato**

**Relatore**

**Chiar.ma Prof.ssa Marcella Gola**

**Chiar.mo Prof. Michele Caianiello**

**Esame finale anno 2017**

# INDICE SOMMARIO

**Introduzione.**

## Capitolo I

### IL CONCETTO DI ABUSO DEL PROCESSO: ORIGINI ED INQUADRAMENTO

#### SEZIONE I

1. Premessa. Perché “l’abuso del processo”?
2. Categorie a confronto: dall’abuso del diritto all’abuso del processo.
3. Inapplicabilità della prospettiva civilistica al processo penale.
4. La genesi nel diritto processuale. Una risposta a difficili problemi.
5. La dimensione giuridica dell’abuso processuale in sede penale: presupposti ed elementi qualificanti.
6. Le possibili sanzioni dell’abuso. Rimedi.

#### SEZIONE II

1. Abuso del processo e abuso di strumenti processuali.
2. I casi “clinici” di abuso del processo.
3. Un’irruzione (forse) inattesa: le Sezioni Unite Rossi.
4. Considerazioni critiche.
5. Abuso dell’abuso del processo? Rischio di manipolazione di principi costituzionali.
6. Obbligatorietà dell’azione penale.
7. Abuso del processo da parte dell’imputato. La rigidità del diritto di difesa.

## Capitolo II

### L’*ABUSE OF PROCESS DOCTRINE* NEL SISTEMA ANGLOSASSONE: UNA RICOSTRUZIONE AGLI ANTIPODI.

1. Premessa.
2. Genesi del rimedio.
3. Giurisdizione ed esecutivo: la dottrina dell’abuso al “banco di prova” dell’interferenza fra poteri.
  - 3.1. Il concetto di *Judicial Discretion*.
4. Gli elementi qualificanti della dottrina.

5. “Fondanti” metagiuridici: il *principle of legitimacy* e la *fairness*. Polisemia della *fairness*: fra esigenze di sistema, di moralità e di garanzie soggettive.
6. Tra arresto del procedimento e soluzioni “intermedie”: criteri di scelta del rimedio estremo.
7. I casi “clinici” del sistema anglosassone.
  - 7.1. Ritardo nell’esercizio dell’azione penale (*Delay*).
  - 7.2. Divieto di doppio giudizio (*Double Jeopardy*).
  - 7.3. *Entrapment*.
  - 7.4. Dispersione di prove (*Lost or Destroyed Evidence*).
  - 7.5. Il processo “mediatico”: *Adverse Publicity*.
  - 7.6. *Breach of Promise*.
8. Osservazioni di fondo.

## **Capitolo III**

### **ABUSO DEL DIRITTO ED ABUSO DEL PROCESSO NEL DIRITTO SOVRANAZIONALE**

1. Premessa. Necessità dell’abuso del processo in prospettiva sovranazionale
2. L’Abuse of Right nella Convenzione europea dei diritti umani: origine “politica” dell’art. 17 C.e.d.u.
3. La duplice funzione della regola: paradigma interpretativo e clausola di irricevibilità dei ricorsi.
- (segue) 4. Un’accezione di «abuso» a sé stante: il concetto di «sproporzione».
5. L’art. 17 C.e.d.u. come norma di sistema e diritto fondamentale?
6. Il dogma dell’«equità» (art. 6 C.e.d.u.) canalizzato dalle spinte sovranazionali: rapporti con l’art. 17 C.e.d.u.?
7. L’Abuse of Right nello scenario Ue: l’art. 54 della Carta di Nizza.
8. Osservazioni conclusive.

## **Capitolo IV**

### **L’ABUSO DEL PROCESSO COME “CITTADINO” INTERNO?**

1. I casi patologici del sistema interno privi di specifico rimedio.
2. L’Abuse of Process Doctrine alla “prova di Occam”.
3. L’obbligatorietà dell’azione penale è necessariamente un limite ostativo?

4. Tra esigenze di riforma normativa e scenari di riflessione: intervento strutturale o semplice introduzione di una clausola di “equilibrio”?
5. Un «ospite» gradito?
6. “Moralizzazione” della giustizia penale: gli strabismi prospettici e i reali problemi di fondo.

## **Capitolo V**

### **ABUSO DEL PROCESSO E LEGALITÀ PROCESSUALE**

1. Legalità processuale vs. legalità sostanziale: le origini della dicotomia, le ragioni della scelta legislativa.
2. L’esigenza di “invocare le forme poiché non si hanno i principi”: insidie e derive (autoritarie).
3. L’altra faccia della medaglia: l’esigenza di temperare il rigore delle forme.
4. La dimensione (troppo) etica ed emotiva della ragionevole durata e dell’efficienza del processo.
5. Possibili soluzioni: tra prospettive *de iure condito* ...
6. ... *e de lege ferenda*.

## **CONCLUSIONI**

# **“ABUSO DEL PROCESSO, ABUSO DI STRUMENTI PROCESSUALI E *ABUSE OF PROCESS DOCTRINE*: UNA COMPARAZIONE AL CROCEVIA FRA LEGALITÀ FORMALE E SOSTANZIALE”**

## **INTRODUZIONE**

**Scopi, oggetto, metodologia di indagine, *caveat***

I. A distanza di circa cinque anni dalla (sembrerebbe) unica pronuncia in ambito processuale penale in materia<sup>1</sup>, verrebbe spontaneo interrogarsi sulla attualità e, al contempo, sull'utilità di un'indagine sul tema.

Da una parte, infatti, la circostanza che il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite in parola sia rimasto – per dir così – privo di seguito, spinge a chiedersi se l'*abuso del processo* abbia o, per lo meno, continui ad avere un'effettiva cittadinanza nel sistema processuale interno o se, al contrario, sia il frutto di un'estemporanea affermazione destinata a non essere reiterata.

Dall'altra, se un'indagine sul punto abbia una qualche utilità sul piano scientifico e/o pratico.

Per quanto certamente autorevole la sede in cui la pronuncia è stata concepita, va detto che si tratta di una nozione di matrice puramente giurisprudenziale: come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, ci troviamo di fronte ad un diretto derivato di esigenze pratiche e per lo più – lo si pone subito in risalto – di deflazione processuale. Logicamente, in assenza di una base legale, la sua concreta esistenza nel sistema può essere constatata solo attraverso un suo assestamento nella prassi, tramite (verrebbe da dire) “ripetuta applicazione” della regola.

Nondimeno, la tentazione di arrestarsi all'evidenza di essere di fronte ad una sentenza – si ripete – rimasta sostanzialmente isolata condurrebbe ad un rischio probabilmente troppo alto.

Il rischio in parola sarebbe quello di non cogliere un'occasione: di valutare la tenuta della legalità processuale nel suo complesso.

Invero, il piegamento di un assioma (in linea di principio) rigido, quale è la legalità, ad esigenze “economiche” dovrebbe condurre l'interprete a porsi più di

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2410 e ss.

un interrogativo: sia sulle possibili derive dell'impostazione che si concretizza nell'affievolimento del principio in parola, sia sui limiti e la portata del medesimo.

Non parrebbe azzardato dire, infatti, che una buona parte dell'equilibrio sul quale si regge la dialettica Stato-individuo, all'interno del sistema processuale penale, dipende dal come si atteggi la legalità e, ad un tempo, dai moduli operativi attraverso i quali essa si esprima.

Non solo, perché va valutato attentamente anche il profilo attinente alle aperture o alle "vie di fuga" da essa eventualmente consentite. Si intende dire, in sostanza, che se l'esigenza di compendiare interessi quali il corretto funzionamento della macchina processuale o la deflazione del contenzioso, con la correlativa attenuazione del rigore del principio in commento, dovesse legittimare l'elaborazione di clausole generali (punto al quale sembrano essere giunte, come si vedrà nel prosieguo, le Sezioni Unite) in grado di sciogliere in tutto o in parte l'interprete dal vincolo di osservanza delle forme, è chiaro che il sistema processuale nella sua interezza ne risulterebbe in qualche modo "trasformato".

Che dire allora dell'occasione (come l'abbiamo poc'anzi chiamata) offerta da un'indagine sulla tematica in oggetto?

Poco importa se l'abuso del processo, sinora, è rimasto confinato all'interno di un'unica pronuncia. Le domande sono altre e di ben evidente spessore: quali impronte essa ha lasciato – e se ne ha lasciate – sulla legalità processuale e sul modo di intenderla da parte dell'interprete? E se ciò non bastasse: quali eventuali ed ulteriori "piegamenti" della medesima l'impostazione interpretativa emersa, in uno con i connotati della nozione che dalla stessa sembrano emergere, sarebbe in grado di legittimare? a quali scenari è in grado di condurre?

**II.** Si sa, la tradizione interna, sul versante processuale penale, è povera di studi sistematici sull'abuso del processo<sup>2</sup>.

Non mancherà l'opportunità di evidenziarne le ragioni, basti dunque qui semplicemente il rilievo che l'istituto ha una nota origine civilistica; molto sinteticamente, potrebbe dirsi che esso nasce come la risposta all'esigenza razionale di evitare l'uso distorto di un diritto soggettivo da parte del privato.

La disponibilità del diritto di cui si abusa è aspetto essenzialmente connaturato all'istituto in parola; in estrema sintesi: in via di principio, l'esercizio di un diritto o di un potere costituisce frutto di una determinazione discrezionale (più o meno ampia) di chi ne sia titolare. Tuttavia, situazioni giuridiche come il dovere o l'obbligo non vanno automaticamente escluse dall'area di operatività dell'abuso, come si avrà modo di vedere nello sviluppo del lavoro.

Una considerazione del genere, a prima vista, potrebbe apparire contraddittoria, potendo effettivamente destare qualche perplessità l'idea

---

<sup>2</sup> Fa eccezione, chiaramente, la bella monografia di E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2003.

dell'abuso di un obbligo o di un dovere (logicamente in contrapposizione con il concetto di discrezionalità); in sostanza, potrebbe sembrare illogico ipotizzare che il pubblico ministero possa abusare dell'azione penale.

La sostanziale carenza nell'ambito della procedura penale di studi sistematici sul tema (come detto, eccettuato lo studio generale sopra segnalato) conduce a cercare un'integrazione scientifica al di fuori del sistema interno. Il diritto comparato, insomma, potrebbe essere la chiave di lettura più opportuna ai fini di un approccio corretto alla tematica. E proprio il diritto comparato porta direttamente verso il sistema giuridico a cui appartiene di fatto la paternità della nozione (anche nel processo penale), ossia quello anglosassone.

Donde tutti i *caveat* che occorrono, allorché non solo si varchi la frontiera del diritto domestico per spostarsi sul versante sovranazionale (ulteriore operazione che verrà svolta), ma anche qualora (e forse ancor di più) il raffronto vada operato con altri ordinamenti nazionali, radicalmente differenti per struttura, per funzionamento, per eredità culturale.

Dopotutto, la dottrina dell'abuso del processo è poco incline a riflessioni di ordine puramente teorico. Il diritto positivo o – calandosi nelle trame del richiamato sistema di *common law* – i “precedenti” giurisprudenziali non sono in grado di presidiare sempre ed in ogni caso le garanzie dell'accusato; le dinamiche attinenti all'esercizio dell'azione penale, specie in un sistema nel quale esso è in linea di principio discrezionale, sono imprevedibili; occorre lì una clausola aperta – benché di elaborazione giurisprudenziale – capace di contenere l'uso distorto dei poteri del magistrato.

Quel che, probabilmente, risulterà ancora più singolare, specie nell'ottica della comparazione che è negli intenti del lavoro, è che la dottrina anglosassone mostra una ricostruzione dell'*Abuse of Process* sostanzialmente contrapposta a quella sinora effettuata nel sistema interno. Di là, infatti, si tutela l'imputato dall'abuso dei poteri della parte pubblica; di qua, si vuol proteggere la macchina processuale dalle tattiche dilatorie e ostruzionistiche del primo, quando – per citare la nota pronuncia delle Sezioni Unite – il suo fine ultimo diviene la «difesa “dal” processo e non “nel” processo».

**III.** Perché allora un paragone (sia consentita l'espressione) “per differenza”? Siamo agli antipodi concettuali e, ancor di più, abbiamo un raffronto fra ordinamenti processuali fondati su premesse ideologiche, politiche e giuridico-tecniche assai diverse.

Inevitabilmente (e ciò vorrebbe essere un'ulteriore cautela), una comparazione che coinvolge sistemi giuridici così diversi comporta per lo studioso la necessità di confrontarsi con categorie dogmatiche probabilmente estranee al proprio “strumentario”; vengono così a mutare paradigmi, principi, contesti valoriali che, indubbiamente, pongono lo studioso in difficoltà.

Tuttavia, se è vero che le riflessioni maturate nel terreno processuale anglosassone si pongono in irriducibile antitesi rispetto alla ricostruzione –

seppure in modo frammentario – elaborata in Italia, non si può escludere che tra i modelli di riferimento non sussistano tratti di continuità; ovvero, se sono stati individuati detti tratti, che eventuali soluzioni, elaborate all'interno di un dato sistema, non possano essere “trapiantate” in un altro.

Ovviamente, e in ciò consiste principalmente lo sforzo della comparazione, tale tipologia di analisi implica una certa capacità di “adattamento”; nel selezionare ciò che sia “trapiantabile”, si tratterà pur sempre di collocare un istituto entro una (se così vogliamo) dimensione giuridica ad esso estranea. Ma soprattutto, la finalità ultima di detta analisi comparata dovrebbe essere quella di valutare una possibilità: se l'abuso del processo, per come concepito nel sistema italiano, non nasconda in sé una potenzialità di impiego in una direzione opposta a quella entro la quale è fino ad ora stato elaborato. In altri termini: se l'abuso del processo possa fornire, oltre che uno strumento di reazione ai comportamenti scorretti dell'imputato, anche una garanzia per il medesimo, in particolare da quei comportamenti dell'accusa che, seppure formalmente posti in essere nel rispetto della legge (dunque, in apparenza, non in violazione di alcuna prescrizione legale), di fatto pongano la parte privata in una posizione peggiore; o, senza anticipare troppo ma al contempo fornendo un'idea più concreta, cagionino l'impossibilità per l'imputato di beneficiare di un processo *giusto, equo*.

**IV.** L'approccio al diritto nel mondo anglosassone, come noto, è casistico.

A questa impostazione generale, non sfugge nemmeno la dottrina dell'*Abuse of Process*.

Pare opportuno subito evidenziare quindi che nel sistema inglese non si può cristallizzare l'istituto in una regola rigida; al più, si può tentare di delimitarne i contenuti, individuarne il fondamento, analizzarne i “casi clinici”, utili per una diagnosi che, inevitabilmente, andrà svolta caso per caso.

Da qui, come ben si intuisce, nasce un'ulteriore difficoltà per il giurista italiano (ma, probabilmente, a tale difficoltà non sfuggirebbe più in generale il giurista dei sistemi di *civil law*): quello di distaccarsi dal consueto sillogismo, che si basa sulla sussunzione della vicenda concreta entro la fattispecie astratta. Alla resa dei conti, se il traguardo conclusivo del lavoro vorrebbe essere quello di valutare la possibilità di ricostruire una clausola generale di “divieto di abuso” nel processo penale interno, in difetto di una espressa previsione normativa, si rischia di giungere ad uno strumento dai contorni fin troppo ampi, la cui eccessiva latitudine rischierebbe di ritorcersi proprio contro gli scopi che starebbero alla base del suo concepimento (deflazione processuale da un lato, corrispondente a quella che ha fondato la pronuncia della Suprema Corte; garanzia dell'imputato, nella nostra prospettiva, dall'altro).

Certo, si tratta di considerazioni che, al momento, sono affrettate, essendo impossibile prevedere tanto i risultati finali della ricerca, quanto dell'eventuale recepimento – se mai avverrà – dei medesimi nella pratica. Ma, così pare, è un

pericolo che bisogna tenere in conto. D'altronde, se – come la prassi ci ha mostrato – la legalità processuale ha qualche volta evidenziato i limiti di un sistema basato sul rigore delle forme astratte, sull'altro versante, l'eccessivo distacco dalla medesima priva lo studioso interno di una “bussola” fondamentale, facendolo entrare in terreni dove si assiste ad oscillazioni applicative alquanto ampie e ad un'elevata commistione di concetti giuridici e metagiuridici.

V. L'esigenza di un'analisi che sia il più possibile esaustiva postulerà altresì, seppure in breve, un ingresso negli scenari normativi sovranazionali.

Senza indugiare su aspetti assai noti: non è qui in discussione il “se” il diritto europeo ed internazionale (Convenzione europea dei diritti umani, in primo luogo) costituisca un modello con cui oggi ci si deve immancabilmente confrontare, ma il valutare “quanto” esso incida sul sistema interno.

Come si sa, gli approcci ermeneutici di segno “sostanzialistico” sono un prodotto dei sistemi richiamati. Armonizzazione ed uniformazione (senza addentrarsi sulle specificità semantiche dei termini) li impongono senza mezzi termini e il giurista nazionale non può che prenderne atto. Il vero punto sta nella capacità penetrativa di tali moduli interpretativi.

Il sistema interno non resta insensibile a tali elaborazioni e, in ottica di adeguamento agli obblighi sovranazionali, l'operatore è portato a “manipolarle”. Sembra scontato, ma è la verità: l'obbligo di adeguamento ai patti (in senso ampio) internazionali – le vicende degli ultimi anni ce lo dimostrano ampiamente – rende possibile ciò che, in linea di principio, per il diritto interno non lo sarebbe. Donde la necessità di valutare, anche in relazione alla materia qui trattata, il potenziale impatto del diritto europeo e del diritto internazionale (in particolare, si ripete, con riferimento a quello scaturente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle pronunce della Corte di Strasburgo).

Come si vedrà, guardando al sistema anglosassone, la complessiva teorica dell'abuso del processo si fonda sul principio della *fairness*: vuoi che un processo equo non possa avere luogo, vuoi che sarebbe comunque iniquo protrarre un processo penale a carico di taluno, il concetto di base è che siamo di fronte ad un processo “falsato”. L'imputato non è più nelle condizioni di esercitare appieno le proprie facoltà e i propri diritti. Continuare sarebbe un oltraggio all'integrità morale del sistema e, ad un tempo, *iniquo*. Dal lato della legislazione europea e della normativa convenzionale, d'altro canto, si assiste alla progressiva creazione di standard di tutela minimi ed uniformi: se, quanto meno al momento storico attuale, è inconcepibile la creazione di un “processo penale europeo”, si dovrebbe se non altro assicurare un nucleo “duro” ed essenziale di garanzie, a tutela della **complessiva equità** del procedimento che, dunque, rappresenterebbe l'orizzonte finale verso cui ogni mezzo (processuale) è proiettato.

Se, alla resa dei conti, è questo in sostanza ciò che ai sistemi di giustizia nazionali si chiede, la domanda è consequenziale: è necessario elaborare una

clausola generale che assicuri il rispetto del principio di equità processuale, quando gli strumenti forniti dal diritto positivo non siano sufficienti? L'abuso del processo potrebbe essere utile in questo senso?

**VI.** Giudizi di merito o di opportunità a parte, l'indagine passa e si conclude con una domanda: qual è lo “stato dell'arte” in tema di legalità processuale?

Il quesito è di tale portata e vastità che induce il rischio di esorbitare dagli scopi e dall'oggetto della trattazione; tuttavia, come si è detto, è così intimamente connesso alla tematica centrale da non poter essere tralasciato, seppure (sia concesso) *incidenter tantum*.

Dopotutto, le pretese insite nell'analisi che si svolgerà sarebbero del tutto fantasiose, ove completamente avulse da uno sguardo alla legalità processuale nel suo insieme, restando sempre beninteso che è la conformazione e il grado di rigidità della stessa che determina sia la possibilità delle soluzioni che si vorrebbero proporre, sia la loro concreta articolazione. Ciò, inevitabilmente, comporterà anche una panoramica dei limiti “fisiologici” della stessa; più in concreto, si cercherà di individuare casi “pratici” che, andando al di fuori delle previsioni legali, configurerebbero un abuso processuale in grado di condurre ad un complessivo sfasamento dell'equilibrio dei poteri delle parti nel processo e che – dato ancor più rilevante – non sono espressamente colpiti da alcuna sanzione. In sostanza, se qualche utilità un'eventuale clausola di divieto di abuso del processo potrebbe avere, sarebbe quella di reagire a distorsioni pratiche non previste dal sistema, ma non per questo tollerabili.

# Capitolo I

## IL CONCETTO DI ABUSO DEL PROCESSO: ORIGINI ED INQUADRAMENTO

*Sommario:* SEZIONE I – 1. Premessa. Perché “l’abuso del processo”? – 2. Categorie a confronto: dall’abuso del diritto all’abuso del processo. – 3. Inapplicabilità della prospettiva civilistica al processo penale. – 4. La genesi nel diritto processuale. Una risposta a difficili problemi. 5. La dimensione giuridica dell’abuso processuale in sede penale: presupposti ed elementi qualificanti. – 6. Le possibili sanzioni dell’abuso. SEZIONE II – 1. Abuso del processo e abuso di strumenti processuali. – 2. I casi “clinici” di abuso del processo. – 3. Un’irruzione (forse) inattesa: le Sezioni Unite Rossi. – 4. Considerazioni critiche. – 5. Abuso dell’abuso del processo? Rischio di manipolazione di principi costituzionali – 6. Obbligatorietà dell’azione penale. – 7. Abuso del processo da parte dell’imputato. La rigidità del diritto di difesa.

### SEZIONE I

#### **1. Premessa. Perché “l’abuso del processo”?**

Crisi della legalità, decadenza delle forme, impostazioni interpretative “sostanzialistiche”, esigenze di razionalità del sistema. Si potrebbe andare ancora avanti per molto. Non che siano espressioni di eguale significato; è il *fil rouge* che le unisce a catturare l’attenzione. Perché, ad uno sguardo attento, l’oggetto della presente trattazione è il diretto frutto di manifestazioni quali quelle richiamate.

Insomma, si assiste ciclicamente al ritorno della tentazione di «invocare le forme, poiché non si hanno i principi»<sup>3</sup>. Anche se nel prosieguo si avrà modo di tornare sul punto con maggior dettaglio, si tratta di affermazione dal fascino ingannevole: le derive autoritarie, spesso, originano dal piegamento delle forme alle esigenze di (auto)protezione dell’ordinamento.

A volere astrarre, si potrebbe dire pure che il concetto di “abuso” (meglio: la repressione dell’abuso) costituisce un’esigenza dell’ordinamento giuridico. È intuitivo: lo Stato di diritto, che si fonda sulle libertà dell’individuo, contiene sempre in sé il rischio di un impiego surrettizio delle libertà riconosciute. Certo, le possibilità di impiego abusivo di una garanzia o di una libertà dipendono anche dalla tecnica di descrizione delle fattispecie adottata. In altre parole, l’abuso è ricollegabile (anche, ma non solo) ad un errore di “programmazione” legislativa.

---

<sup>3</sup> Passaggio ripreso dal *Discorso di Robespierre*, tenuto avanti l’Assemblea Costituente il 3 dicembre 1792.

Se, però, assumiamo (come pare possibile) vero tale punto di partenza, non si può far conseguire automaticamente che ad ogni diritto o libertà sia sempre e comunque sotteso il pericolo di un abuso, quasi che (verrebbe da dire) esso costituisca l'altra "faccia" della stessa medaglia e, come tale, legittimi l'autorità all'intervento in chiave repressiva. Come si vedrà o, meglio, come si spera di illustrare nel corso del lavoro, un'impostazione di questo tipo potrebbe costituire proprio la premessa (o, se si vuole, la legittimazione) di una deriva autoritaria del sistema che si è già paventata. In sostanza, il rischio è di giungere a ragionare in questi termini: il sistema concede libertà, ma di queste in ogni caso non bisogna abusarne; pertanto, il sistema stesso si autotutela di fronte all'abuso e reagisce non riconoscendo alcuna protezione a dette forme di impiego o, addirittura, reprimendole attivamente.

È indubbio: a livello di genesi concettuale, almeno secondo il diritto interno, la nozione (in senso lato) di abuso del diritto si ricollega ad esigenze di logicità, efficienza, razionalità dell'ordinamento. La bontà del suo fondamento, sempre in termini generali, non potrebbe essere discussa; piuttosto, ne andrebbe criticata l'elaborazione interpretativa, così come le modalità di attuazione o gli ambiti all'interno dei quali essa si inserisce, ivi compreso il processo penale. Ed è proprio in tale contesto logico-argomentativo che si inscrivono problematiche di particolare rilevanza: per tutti, la possibilità di ammettere un abuso di diritti o di facoltà processuali riconosciuti dalla Costituzione, oppure della "abusabilità" di un obbligo ivi sancito (v. *infra*: quello dell'esercizio dell'azione penale).

Il fatto che l'abuso del diritto sia in qualche modo connaturato al sistema si evince anche dall'area all'interno della quale esso ha origine: il diritto sostanziale, da cui muove l'elaborazione di una categoria dogmatica ereditata dalla scienza processuale (tanto quella civilistica, quanto – successivamente – quella penalistica). Senza scendere in considerazioni troppo ovvie quanto eccentriche rispetto al tema, si sa che l'obiettivo del processo è quello di comporre una contesa non altrimenti risolvibile. Si potrebbe allora dire che il concepimento della nozione di abuso è connesso all'esigenza di garantire sia, sul versante sostanziale, l'ordine sociale che, sul versante processuale, il corretto uso del processo. Natura pregiuridica, se vogliamo; in diritto: espressione del *neminem laedere*.

Si tratta, quindi, di una nozione (sempre in termini generali) dai contorni alquanto indefiniti. Con maggiore sforzo di chiarezza, si intende dire che l'inquadramento concettuale dell'abuso, compreso fra diritto e sociologia, risente di questa sua duplice natura: qualsiasi tentativo dell'interprete di definirne i connotati va incontro alla evidente difficoltà di maneggiare una nozione non puramente giuridica. Senza esagerare con le iperboli, tutte le volte che si ha a che fare con l'abuso (ivi compreso l'abuso del processo), si ha la sensazione costante che "qualcosa non torna".

Non a caso, infatti, si è posto l'accento sulla dimensione "emotiva" dell'abuso, in particolare nell'ambito del diritto processuale<sup>4</sup>: qui, più che nel diritto sostanziale, è visibile il problematico rapporto fra individuo ed autorità; nel processo penale, poi, il lemma "abuso" si carica di un significato particolare, atteso il complesso gioco di equilibri che si viene ad instaurare fra parte pubblica (a cui fa capo, inevitabilmente, una posizione di fisiologica supremazia) e parte privata.

Nel processo penale in particolare, ancora, il tema ha un'immediata valenza politica. Se da una parte, infatti, esso ha un'utile funzione di diagnosi dei problemi di fondo del sistema processuale e di valutazione complessiva del suo "stato di salute"<sup>5</sup>, dall'altra si presta a dubbi quanto inopportune strumentalizzazioni politiche (accentuate dal dibattito mediatico), che vedono la (spesso aspra) contrapposizione fra coloro che vorrebbero piegare l'esercizio dell'azione penale ad intenti "politici" o, comunque, non conferenti con i suoi scopi istituzionali e coloro che, invece, sfuggirebbero al corso della giustizia mediante tattiche dilatorie od ostruzionistiche.

Donde l'immediata avvertenza ai fini della trattazione che seguirà: per quanto possibile e, a parte tutto, ben consci delle difficoltà che ciò implicherà, il tentativo di ricostruzione verrà operato in chiave esclusivamente giuridica, cercando quindi di evitare l'ingresso in terreni complicati, quali – per esemplificare – il terreno delle istanze di riforma legislativa e la contrapposizione (quanto mai attuale, in questi tempi) fra forze istituzionali (Parlamento e Governo) e magistratura.

Tale avvertenza pareva necessaria, dal momento che l'intera teorica dell'abuso processuale, come vedremo (ma pure come già parzialmente evidenziato nell'introduzione, v.: § III), si richiama di base ad un generico obbligo di correttezza in capo alle parti; il che, come ben si comprende, è spesso causa di sconfinamenti in dimensioni extra-giuridiche, proiettando addirittura il discorso sul versante della dialettica politica. Ma tale aspetto non deve per forza essere guardato negativamente; d'altronde, la (per dir così) trasversalità dell'abuso, capace di innervare diversi ambiti disciplinari dell'ordinamento, testimonia sia la sua rilevanza nella scienza giuridica quanto la sua vitalità<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 383; Così, E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2003, p. 3.

<sup>5</sup> In tal senso, v. M. VIETTI – N. BUCCICO, *I limiti della cultura giuridica*, in AA.VV., *Per una riforma della giustizia*, V.M. CAFERRA (a cura di), Bari, 2002, pp. 45 e ss.

<sup>6</sup> E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., pp. 3 e ss.

## 2. Categorie a confronto: dall'abuso del diritto all'abuso del processo.

### Necessità di "riscrivere" la nozione?

Come già posto in luce, la procedura penale è terreno in cui la coltura del tema è stata piuttosto frammentaria. La carenza di ricostruzioni composite nel predetto campo emerge anche nitidamente ove si volga lo sguardo sul diritto processuale civile, caratterizzato invece da una copiosa letteratura in materia; ma non solo: a voler guardare il fenomeno anche sotto il profilo comparatistico, sul tema, contrariamente a quanto ci è dato osservare nell'ordinamento interno, si è concentrata l'attenzione di molti studiosi del diritto processuale penale (in tal senso, si vedrà in particolare il sistema anglosassone)<sup>7</sup>.

L'esigenza di una sistematica riflessione in materia, poi, si lega anche a quella di scongiurarne la "politicizzazione", così distogliendo l'attenzione dai reali problemi sottesi alla materia, canalizzandoli verso spinte emotive del tutto avulse dal terreno giuridico<sup>8</sup>.

Ciò detto, la necessità di edificare una teoria generale dell'abuso si avvertì primariamente nel diritto sostanziale.

È la realtà quotidiana, infatti, a permettere l'osservazione di comportamenti posti in essere in ossequio delle "forme", ma incongruenti con la logica e le finalità che ne stanno alla base.

Gli atti emulativi (art. 833 c.c.) sono stati, verosimilmente, il punto di partenza per ogni ricostruzione sulla categoria dell'abuso.

Tuttavia, la matrice sostanzialistica del tema non ha impedito il radicarsi in ambito processuale di riflessioni autonome, che hanno condotto, per quanto riguarda il diritto processuale civile (muovendo dal divieto di lite temeraria di cui all'art. 96 c.p.c.), alla ricostruzione di una teorica a sé stante.

---

<sup>7</sup> Prendono atto dell'insufficienza delle trattazioni sul tema in sede processuale penale, V. GREVI, *Usò strumentale degli istituti processuali ed esigenze di effettività della giustizia penale*, Relazione al Seminario di studi su "Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo", Catania, 24-25 maggio 2002, A. ZAPPULLA (a cura di), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1067; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, p. 437; V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 506. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'indagato*, in *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, pp. 153 e ss.; C. CONTI, *L'imputato in procedimento connesso. Diritto al silenzio ed obbligo di verità*, Padova, 2003, pp. 150 e ss.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000, p. 119.

<sup>8</sup> In questo senso, evidenziando la ragione dell'opportunità di un approfondimento organico del tema nella procedura penale, si esprimeva P. CORSO, *La difesa tecnica "nel" processo e "dal" processo*, in *Studi parmensi*, 2002, p. 129; D. CHINNICI, "Il caso Previti": dalla sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001 alla inammissibilità della ricusazione per "inimicizia grave". *L'ennesima tappa del "processo al processo"*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3041; P. FERRUA, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Quest. giust.*, 2003, pp. 453 e ss.

L'autonomia concettuale dell'abuso del processo rispetto all'abuso del diritto si apprezza *in primis* sotto il profilo della funzione che la clausola elaborata verrebbe a svolgere.

Sotto il profilo del diritto sostanziale, infatti, la limitazione dell'autonomia privata si giustifica alla luce della sollecita circolazione dei diritti nel tessuto economico-sociale e della certezza del traffico. Esemplichiamo: l'imposizione di un limite al diritto di proprietà (come noto, archetipo di diritto reale assoluto) costituito dal divieto di atti emulativi serve logicamente sia a delimitare la signoria del proprietario sulla cosa (fornendogli quindi un contenuto ed un'estensione certi), sia a garantire la "appetibilità" dei diritti riconosciuti nel mercato, agevolandone così la circolazione<sup>9</sup>.

Diversamente, in ambito processuale si ha l'esigenza di contenere il comportamento scorretto della parte che, formalmente avvalendosi delle facoltà ad essa riconosciute dalla legge, tenderebbe ad eludere il fine ultimo del processo, vale a dire l'accertamento nel merito della vicenda.

D'altra parte, sempre con specifico riguardo all'ambito civilistico, si è posta sin da subito l'opportunità, muovendo sempre da disposizioni normative che fungessero da "modello" per una più ampia elaborazione (artt. 833 c.c. e 96 c.p.c.), di ricostruire una clausola ampia di divieto di abuso.

Occorre, però, fare attenzione al contesto temporale in cui detta operazione ricostruttiva viene svolta.

Si diceva che nel diritto sostanziale, avendosi come centro di riferimento il traffico economico e giuridico, vi è la necessità di adattare il contesto normativo ad una realtà estremamente mutevole e, soprattutto, in rapidissima evoluzione (specie al momento storico attuale). A livello processuale, diversamente, il concepimento di un generale divieto di abuso vorrebbe essere un presidio dell'efficienza della macchina giudiziaria consentendole, a seguito dell'attivazione ad opera delle parti, di raggiungere il proprio fine naturale. Ora, se tutto sommato quanto appena detto conserva la propria attualità (almeno su un piano concettuale e di principio), quel che cambia in radice è lo scenario normativo di riferimento che, oggi, complica a dismisura il tentativo di ricostruzione in commento.

In parole povere, l'intersecarsi del diritto interno con quello di origine sovranazionale, la permeabilità (più in generale) dell'ordinamento giuridico nazionale rispetto a quello europeo (e non), pone l'interprete in crisi di fronte ad un'operazione come quella richiamata: un discorso, evidentemente, è ragionare in un sistema "chiuso", dove (oltre alla Costituzione) il punto di riferimento è dato dal codice, corpo di disciplina autosufficiente, capace di autointegrarsi; un altro è quello che vede un "giudice nel labirinto"<sup>10</sup>, dove l'utilità di una clausola generale di abuso deve fare i conti con sistemi giuridici

---

<sup>9</sup> V. E.M. CATALANO, *Abuso*, cit., p. 10.

<sup>10</sup> L'espressione è tratta dall'omonima monografia di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012.

eterogenei, oltre che con l'incessante obbligo di adeguamento al quale il sistema interno è sottoposto per effetto dell'adesione all'ordinamento sovranazionale.

Il ragionamento svolto varrebbe – sembra di poter dire – a rimettere in discussione i termini ed i paradigmi sulla cui base si era edificata la precedente teorica dell'abuso (del diritto e del processo). E (pare altrettanto evidente che) se tale discorso è corretto sul versante civilistico, lo sarà certamente anche su quello penalistico sul quale, addirittura, l'irrompere del diritto sovranazionale negli ultimi tempi ha assunto proporzioni e pregnanza maggiori.

Concentrandoci sull'ambito processuale penale, allora, possiamo dire con buona approssimazione che le “vecchie” ricostruzioni della teorica dell'abuso sono inficiate da una carenza: quella di un'elaborazione compiuta senza la “lente” del diritto esterno che, a conti fatti, sarebbe armamentario tecnico imprescindibile e che, pertanto, di per sé già condurrebbe a concepire l'opportunità di “riscrivere” la nozione di abuso del processo. Cambia lo scenario, non può che cambiare quello che ci si trova dentro.

### **3. Inapplicabilità della prospettiva civilistica al processo penale**

Tentando di riassumere, i parametri che informano l'abuso del diritto sono dati dalla scorrettezza del privato nell'esercizio del diritto (profilo soggettivo) e dalla sproporzione che si ricrea fra l'interesse leso e quello facente capo al diritto “abusato”.

Come si intuisce, siamo di fronte a criteri di individuazione piuttosto ampi, oltre che ampiamente “recepiti” nella tradizione e nell'arsenale tecnico delle nozioni civilistiche. Correttezza, infatti, è diretto derivato dell'obbligo di buona fede dei contraenti (artt. 1339 e 1375 c.c.), così come il principio di proporzione innerva l'intera materia dell'autonomia privata, imponendo sempre al giudice di porre in rapporto la protezione di un interesse delle parti contrattuali con la sua “meritevolezza” di tutela per l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.).

Non appena si provi ad immaginare la “traslazione” di tali criteri sul versante processuale, ed in particolare quello penale, ci si rende conto della loro evidente incongruenza.

Nel diritto civile, il (per dir così) principio di atipicità (art. 1322 c.c., in tema di autonomia negoziale dei contraenti) è essenzialmente connesso alla tutela del traffico giuridico, tendente dunque ad adeguare la normativa alla prassi e alle sue evoluzioni. In tale ambito, non sembra, tutto sommato, un grosso problema quello di ammettere l'elaborazione di una clausola generale di

divieto di abuso, la quale supplisce ad una lacuna di sistema che, invece, non si riscontra in altri ordinamenti<sup>11</sup>.

Ciò non può valere per il processo penale, rigorosamente imperniato sul principio di legalità. Qui, gli scenari sono totalmente diversi, e non solo rispetto al diritto sostanziale. Il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi è cosa ben diversa dall'obbligo di esercitare l'azione penale. Ma ciò non basta: perché il rigore della legalità deve, in ogni caso, confrontarsi incessantemente con le dinamiche proprie del processo accusatorio, che attribuisce in linea di principio alle parti la signoria sulla contesa e alle cui strategie è sostanzialmente rimesso lo svolgersi del processo.

Per tale motivo, l'eventuale ipotesi di eliminare in radice il pericolo di abuso processuale attraverso una rigida predeterminazione degli schemi legali di previsione del comportamento delle parti e, contemporaneamente, riducendo al minimo (se non annullando) la discrezionalità delle medesime in ordine al loro concreto agire, rischierebbe di comportare il ritorno ad un rito (tendenzialmente corrispondente al precedente modello inquisitorio) caratterizzato dalla predominanza della figura del giudice che, come noto, "indirizzava" l'agire delle parti stesse (in piena coerenza con la conformazione paternalistica del medesimo all'interno del pregresso codice).

Valga per il processo penale, quindi, la metafora della tensione dell'elastico, dove al maggior rigore nella repressione dell'abuso corrisponderebbe un restringimento della libertà delle parti e viceversa.

D'altronde, la distinzione fra abuso del diritto e abuso del processo, in uno con l'opportunità di ricreare uno spazio di elaborazione autonoma per il secondo rispetto al primo, si coglie anche dal diritto internazionale ed, in primo luogo, dalla Convenzione europea dei diritti umani, dove espressamente si distingue l'esercizio "distorto" di una delle garanzie ivi contemplate (art. 17: che vieta di interpretare la Convenzione in modo da comportare «il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione») dalla proposizione di ricorso abusivo (art. 35, che prevede la sanzione della irricevibilità dello stesso).

#### **4. La genesi nel diritto processuale. Una risposta a difficili problemi**

---

<sup>11</sup> Si riporta l'esempio del codice civile svizzero, dove all'art. 2 si stabilisce che: «Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del diritto non è protetto dalla legge».

Quale potrebbe essere il valore aggiunto dell'abuso in ambito processuale penale o, che è lo stesso, a quali problemi si vorrebbe rispondere attraverso la creazione di una nozione generale in tal senso?

Non è un quesito da poco; in generale, un sistema processuale predispone congegni non solo capaci di garantire i diritti delle parti, ma anche di assicurare il proprio corretto funzionamento o, se si vuole, che quest'ultimo non sia messo a rischio da comportamenti scorretti di parte. Insomma, si tratterebbe di valutare se le invalidità processuali costituiscono presidio sufficiente alla protezione degli interessi in contesa o se, diversamente, le stesse non siano capaci di compendiare le esigenze sopra rappresentate, aprendo il varco all'opportunità di cercare una soluzione extra-codicistica.

In termini generali, la funzione strumentale del diritto processuale rispetto a quello sostanziale comporterebbe intuitivamente la necessità di elaborare una clausola di abuso sul primo terreno che sia (per intenderci) diretta a fornire una corretta convergenza dei fini del primo. Più semplicemente, sul piano logico la funzione di un divieto generale di abuso a livello processuale garantirebbe un'applicazione del diritto sostanziale entro i fini che gli pertengono<sup>12</sup>. Sul versante processuale penale, ciò non è contraddetto o comunque non incontrerebbe una barriera nell'art. 112 Cost. Invero, un discorso sarebbe affermare l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, canalizzandola verso la tutela dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, un altro che l'azione penale non possa essere oggetto di abuso e, dunque, che non attui gli scopi intrinseci del diritto sostanziale.

Non sembra una considerazione eccentrica. La possibile obiezione secondo cui, così ragionando, si assegnerebbe ad una nozione processuale una funzione (se così vogliamo dire) solo servente rispetto al diritto sostanziale, si scontra con un altro dato fondamentale: il processo penale non è, come quello civile, strumento di composizione di una controversia altrimenti risolvibile nella prassi per il tramite dell'autonomia privata (il processo civile è solo una via percorribile dai contendenti che, quindi, potrebbero convenire soluzioni extra-giudiziali); il diritto penale si applica soltanto attraverso la giurisdizione. Donde – parrebbe logica conseguenza – la funzione dell'abuso processuale in termini di “garanzia di correttezza dei fini” del diritto sostanziale. E in ogni caso, la circostanza che al divieto di abuso si assegni tale funzione non implica che esso non ne possa rivestire un'ulteriore ad un livello propriamente processuale.

In quest'ultimo senso, una chiave di lettura si potrebbe trarre dal profilo attinente alle conseguenze sanzionatorie che deriverebbero dalla rilevazione

---

<sup>12</sup> Così già, benché sottolineassero la reciproca autonomia fra azione e situazione giuridica soggettiva, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1930; E.T. LIEBMAN, *L'azione della teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 47 e ss.

dell'abuso. In altri termini, l'appena segnalato profilo contribuirebbe all'identificazione delle distorsioni che si vogliono scongiurare.

Ora, in termini di reazione, sul terreno sostanziale l'abuso del diritto prevede generalmente una duplice alternativa<sup>13</sup>.

L'atto abusivo non produce effetti. Se ne constata il compimento per scopi extra-legali, quindi non può beneficiare di alcuna tutela. *Tamquam non esset*.

Seconda opzione: la condotta scorretta presenta una tale gravità da integrare un illecito. L'autore si espone ad un risarcimento dei danni, o ad un procedimento penale, od ancora al pagamento di una sanzione pecuniaria.

Si potrebbe immaginare di "trapiantare" dette soluzioni in sede procedimentale (penale). Così, l'atto processuale abusivo non riceverebbe tutela e, quindi, cadrebbe nel nulla (effetti mai prodotti); ancora, esso configurerebbe un illecito, esponendo l'autore a responsabilità (civile, penale, od amministrativa).

Tuttavia, ci si avvede agevolmente che la seconda delle soluzioni individuate costituisce un rimedio dalla scarsa utilità per la parte colpita dall'atto abusivo: pur non negandone la capacità deterrente rispetto agli autori della stessa, detta impostazione non esplicherebbe a favore della parte lesa alcun effetto "taumaturgico" sul piano processuale (effetto al quale, logicamente, essa aspira). D'altronde, non sarebbe nemmeno del tutto corretto l'inquadramento dell'abuso, all'interno del processo penale, esclusivamente come aggressione del razionale funzionamento della giustizia. Invero, sarebbe visione miope: l'osservazione empirica la contraddirebbe immediatamente, mostrando come – oltre al sistema – le garanzie e i diritti delle parti sono un concreto bersaglio dello stesso.

Dunque, rimarrebbe la prima. L'idea che la sanzione più appropriata per l'abuso nel processo penale possa essere la negazione di efficacia all'atto viziato, conduce in sostanza all'elaborazione di uno schema di rilevazione e conseguenze reazione quale il seguente: la parte P compie un atto formalmente legittimo che, però, persegue uno scopo non istituzionale; rilevato l'abuso, l'atto compiuto non produce gli effetti che la legge gli ricolleggerebbe (quelli eventualmente già prodotti cadrebbero nel nulla, travolti dalla dichiarazione giudiziale di accertamento vizio).

In fin dei conti, possiamo dire di essere di fronte ad un modello operativo già conosciuto: ricalca quello delle invalidità codicistiche (le nullità per prime). Tuttavia, con il concepimento di una teoria dell'abuso si reagirebbe ad un limite fisiologico di queste ultime: la tassatività (art. 177 c.p.p.). Perché non esiste, nemmeno fra le nullità di ordine generale (art. 178 c.p.p.), un generale divieto, sia in capo al giudice che agli altri soggetti del processo, di compiere atti "sostanzialmente" contrari alla correttezza od eccentrici rispetto al fine

---

<sup>13</sup> E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 23, nonché già, F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, vol. II, in *Diritto positivo*, Padova, 2000, p. 134.

legale. Se si volesse proseguire il ragionamento con riguardo ad un'altra forma di invalidità, si può prendere l'esempio dell'inutilizzabilità: non esiste un esplicito divieto generale (art. 191 c.p.p.) di acquisizione delle prove con scopi che vadano oltre l'*intentio legis*.

A ben guardare, il ragionamento svolto ci permette di giungere ad una possibile conclusione: che nel processo penale, indipendentemente dall'interesse che nel singolo caso si vada a tutelare, la funzione essenziale dell'abuso sarebbe quella di reagire alle lacune che inevitabilmente ricrea la legalità. In sostanza, si affaccia l'idea (non del tutto inverosimile) secondo cui l'abuso costituisce una sorta di contro-limite al principio in parola che, al di là della funzione di garanzia esplicita, rappresenterebbe il "problema" a cui con la teorica dell'abuso si vorrebbe dare risposta<sup>14</sup>.

D'altronde, l'idea (di matrice illuminista) per cui il diritto nella sua interezza si compendi nella legge scritta è – come ben si intuisce – del tutto illusoria: l'esigenza di auto-protezione del sistema, unitamente a quella di non finire per implodere per effetto dei vuoti che la legalità inevitabilmente lascia, sconfessano radicalmente tale idea, ponendo le premesse per un sistema che debba «attivare al suo esterno le valvole di tenuta dei suoi valori»<sup>15</sup>.

In sede penale, però, la questione è oltremodo complicata.

Nel processo civile, infatti, la legalità generalmente si "ammorbidisce" di fronte ad atti che, sebbene non corrispondenti al modello legale, raggiungano comunque il proprio scopo o che, difettando di elementi necessari al raggiungimento dello scopo, siano da dichiarare nulli anche in assenza di specifica previsione (art. 156 commi 2 e 3 c.p.c.); in quello penale, diversamente, il complessivo equilibrio dei poteri di parte si regge sulla legalità: la libertà di azione e di strategia degli attori processuali è la regola, i limiti alla medesima sono le eccezioni che, dunque, vanno in linea di principio positivamente circoscritti.

Insomma, la difficoltà concettuale a cui l'abuso del processo va incontro è quella di interferire con un pilastro di sistema che, ove posto in discussione, conduce direttamente alla possibilità di alterarne sensibilmente l'assetto.

## **5. La dimensione giuridica dell'abuso processuale in sede penale: presupposti ed elementi qualificanti.**

Come si individua un abuso?

La casistica sul tema è piuttosto variegata (costituirà oggetto di apposita trattazione successivamente: SEZIONE II, § 1.). Nondimeno, è possibile

---

<sup>14</sup> Detta in altri termini, ma lucidamente compendiata, la funzione sarebbe anche quella di valvola di autotutela del sistema: v. E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 559 e ss.

<sup>15</sup> E. AMODIO, *L'abuso delle forme*, cit., p. 561.

rintracciare un connotato identificativo: l'eccentricità dello scopo dell'atto rispetto a quello individuato dalla legge<sup>16</sup>.

E su ciò occorre qualche puntualizzazione.

Come da alcuni segnalato<sup>17</sup>, l'attitudine qualificante dello scopo dell'atto rispetto alla nozione di abuso riceverebbe sostegno dal fatto che l'elemento dello scopo trova consacrazione normativa in istituti "contigui": nello stabilire sanata una nullità (relativa od intermedia) quando la parte, interessata ad eccepirarla, si sia avvalsa della facoltà a cui l'atto nullo era preordinato (art. 183 c.p.p.), la legge sanzionerebbe un impiego abusivo, distorto delle invalidità in oggetto.

Sul concetto di «scopo»<sup>18</sup>, convergono tre impostazioni: se ne può parlare con riferimento all'atto singolarmente compiuto o, che è lo stesso, come finalità istituzionale dello stesso; una seconda accezione ruota attorno all'effetto giuridico che la legge ricollega a quest'ultimo; in alternativa, esso si identificherebbe con l'obiettivo concretamente perseguito dalla parte che abbia compiuto l'atto<sup>19</sup>.

Ora, sulla seconda accezione del sostantivo in commento non sorgerebbero particolari perplessità in ordine al contenuto: qui si ha riguardo all'effetto giuridico prodotto, il quale risulta predeterminato dalla legge. Il criterio in parola, inteso in questo senso, sembrerebbe ad un primo sguardo quello meno esposto ad incertezze interpretative, trattandosi di elemento individuato direttamente dalla norma processuale. Tuttavia, a ben guardare, di fronte all'abuso esso possiede un'efficacia euristica solo apparente: se il pubblico ministero esercita l'azione penale, si produce l'effetto del definitivo radicarsi della giurisdizione, affinché venga vagliata la fondatezza della pretesa punitiva. Ma se, per ipotesi, l'azione penale fosse dettata da intenti "politici", il semplice criterio dell'effetto giuridico dell'atto non sarebbe di nessuna utilità

---

<sup>16</sup> Ne danno conto, fra gli altri, G. DE STEFANO, *Note sull'abuso*, cit.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione*, cit.; P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio*, cit., pp. 690 e ss.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 119 e ss., benché con diretto riferimento, quest'ultimo, all'area delle impugnazioni, dove l'intento del proponente sarebbe quello di ottenere un beneficio non inerente alla logica della impugnazione.

<sup>17</sup> In questo senso, E. CIABATTI, sub *art. 183*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. II, Torino, 1990, p. 356; O. DOMINIONI, sub *art. 183*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1989, pp. 296 e ss.

<sup>18</sup> Di recente, per un'impostazione dell'abuso del processo in termini di patologia dello scopo anziché dell'atto in senso stretto, v. E. AMODIO, *Abuso delle forme*, cit., p. 561.

<sup>19</sup> In via di sintesi, v. E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 39; ancora, per le prime due impostazioni in tema di "scopo dell'atto", v. V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 477; P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, pp. 30 e ss.; M. DONDINA, voce *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nov. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, pp. 1517 e ss. Per la terza impostazione, invece, v. A. GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp. 909 e ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, p. 724.

in tal senso; anzi, ci direbbe l'opposto: che il magistrato ha compiuto un atto (esercizio dell'azione penale) da cui è derivato l'effetto legislativamente predeterminato, ossia il radicamento del vaglio giudiziale sulla pretesa punitiva.

Sulla prima e la terza, quindi, occorrerebbe concentrare l'attenzione.

Il fine pratico preso di mira dall'autore sarebbe – come si è osservato – un concetto di natura empirica<sup>20</sup>, per ciò stesso estremamente oscillatorio e dunque troppo labile per fondare un utile elemento qualificante ed al contempo diagnostico<sup>21</sup>. Oltre a ciò, vi sarebbe un'altra difficoltà per l'interprete: in alcune situazioni, sorgerebbe qualche difficoltà nel rintracciare il discrimine fra le due accezioni.

Esemplifichiamo per intenderci: l'impugnazione – ridotta la questione ai minimi termini – ha la funzione istituzionale di consentire al proponente il conseguimento di un beneficio non ottenuto nel grado precedente; la presentazione produce tre effetti: sospensivo, devolutivo, estensivo; ma è legittimo proporre un'impugnazione al fine di lucrare la prescrizione qualora – si immagini il caso limite – l'imputato maturi il termine necessario a prescrivere ai sensi dell'art. 157 c.p. nelle immediatezze della condanna di primo grado e per il quale, quindi, l'impugnazione sarebbe la strada obbligata per ottenere il proscioglimento? In questo caso, non si può dubitare che la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione rientra nel novero di quei benefici al cui conseguimento la parte possa legittimamente aspirare tramite l'impugnazione. Ma, a ben vedere, finalità concretamente perseguita e scopo istituzionale dell'impugnazione (ottenimento di un beneficio non conseguito nel grado precedente, ove la prescrizione è, evidentemente, un beneficio) si sovrappongono, coincidono.

A ben vedere, in seno alla teorica dell'abuso del processo, le accezioni dello scopo istituzionale e dello scopo pratico si integrano ed interagiscono, giungendo ad essere l'uno il termine di raffronto per l'altro; con maggiore sforzo di chiarezza: per verificare che un atto sia compiuto nel quadro delle finalità legislative occorrerebbe un termine di paragone che, per lo scopo specificamente avuto di mira, è quello del fine istituzionale e viceversa. Certo, l'individuazione del fine concretamente perseguito dalla parte espone a rilevanti difficoltà probatorie, trattandosi di un'indagine sulla psiche della stessa. Ma, così pare, si tratta di un "arnese" che, per quanto impreciso, risulta imprescindibile ai fini della identificazione delle condotte abusive; anzi, a dirla tutta, non si potrebbe nemmeno concepire la nozione di abuso senza l'implicita idea del fine pratico preso di mira dall'autore.

---

<sup>20</sup> E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 39.

<sup>21</sup> Nel senso che la tradizione giuridica interna vede la generale irrilevanza dei vizi della volontà, v. O. DOMINIONI, sub *art. 177*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1989, pp. 260 e ss.; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 143.

## 6. Le possibili sanzioni dell'abuso

Il tentativo di ricostruire una clausola di abuso del processo che non sia contemporaneamente accompagnato dalla individuazione dei rimedi al suo verificarsi, priverebbe il divieto in cui essa si concretizza di qualsiasi effettività. Operazione del tutto inutile, sarebbe meglio dire; si immagini l'irregolarità, con addirittura qualcosa in meno: questa, benché priva di sanzione, costituisce comunque una difformità da un modello legale "scritto", mentre il primo, al contrario, muove dal presupposto che il comportamento processuale è, seppur formalmente, aderente al modello predetto.

Anzi, si potrebbe fondatamente affermare che, in materia, il profilo inerente al regime sanzionatorio prevale sull'individuazione delle condotte capaci di integrare la patologia in commento. Lo si è detto prima: l'abuso del processo è istituito che origina da necessità strettamente pratiche, per reagire alle lacune del sistema "chiuso" delle invalidità processuali. Chiaro, quindi, che sarebbe operazione tanto vana quanto (nella pratica ed anche a livello scientifico) sterile il tentare di comporre un catalogo di quegli atti definibili come abuso.

Donde la scelta di anteporre la trattazione del regime di trattamento dell'abuso a quello della casistica esemplificativa.

Come si vedrà in sede di analisi comparatistica, il concetto di abuso è intimamente legato alla discrezionalità del giudice (nel sistema inglese) di proseguire con il processo o, al contrario, di arrestarlo. In ultima istanza, il potere di bloccare il protrarsi della pretesa punitiva costituisce un aspetto connaturale alla giurisdizione; non si tratta dell'unica forma di reazione all'abuso processuale, ma certamente ne costituisce quella più rappresentativa e, ad un tempo, di massimo rigore, arrivando – come si evidenzierà – a definire il limite oltre il quale l'interesse pubblico alla repressione dei reati non possa spingersi o, in ogni caso, di fronte al quale debba cedere.

Non esiste un rimedio di questo tipo all'interno del sistema italiano.

Le ragioni per cui detta soluzione non sarebbe in linea di principio sostenibile – e per le quali, di fatti, non è mai stata proposta od anche solo ipotizzata nella prassi – sono molteplici. Non è questa la sede per soffermarsi approfonditamente. Basti qui, però, il rilievo essenziale attinente alla sensibile eterogeneità dei due ordinamenti processuali (inglese ed italiano).

La differenza la fa l'azione penale. Nel processo anglosassone, come noto, è discrezionale; al *Crown Prosecution Service* è attribuita quella capacità selettiva di ciò che merita in concreto di essere perseguito. In un sistema così congegnato, l'abuso del processo è il naturale argine ai possibili "straripamenti" dell'accusa nell'esercizio dell'azione: in parole povere, la giurisdizione garantisce che la pretesa punitiva si mantenga nel solco dei fini istituzionali.

All'opposto, a livello interno, l'azione penale è obbligatoria (art. 112 Cost.); è in gioco l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale, potendosi in buona sostanza dire che la meritevolezza della persecuzione dei fatti-reato è compiuta a monte dalla legge. Chiaro, pertanto, che nel nostro processo un potere, corrispondente a quello elaborato in *common law*, non solo non si giustifica in via sistematica, ma rischierebbe anche di contrastare con i suoi stessi principi (art. 112 Cost.).

Posto ciò, facendo salvo quanto fonderà oggetto di riflessione nel prosieguo, è possibile comunque individuare, in seno alla prassi interna, i rimedi che, più o meno frequentemente, sono stati adoperati per gli usi distorti del processo e degli strumenti processuali.

Se si volesse effettuare un confronto con la gamma sanzionatoria presente nel processo civile, si desumerebbero tre tipologie fondamentali. Le reazioni andranno dall'applicazione di una (in senso lato) sanzione pecuniaria, alle sanzioni in capo alle parti ed operanti a livello processuale ed, infine, ai disincentivi derivanti al difensore<sup>22</sup>.

Con buona approssimazione, il primo ordine si concretizzerebbe nell'imposizione di obblighi di natura restitutoria (si pensi all'addebito delle spese processuali di cui all'art. 96 c.p.c.); il secondo nella reiezione della domanda o, ancora più genericamente, della richiesta avanzata dalla parte (tale reazione troverebbe quindi massima espressione nella dichiarazione di invalidità dell'atto compiuto); l'ultimo rappresenterebbe una sintesi dei due precedenti, con la peculiarità che il soggetto direttamente colpito è il patrocinatore (si veda, a titolo di esempio, l'art. 54 comma 3 c.p.c., che prevede la possibilità di condannare ad una pena pecuniaria il difensore – o anche la parte – che abbia proposto una ricusazione dichiarata inammissibile).

Nel processo penale, pur nella profonda diversità di terreno, si evincerebbe, a livello di diritto positivo, una certa "continuità" di soluzioni rispetto al modello processual-civilistico. Con una precisazione, però: salve le opportune emende interpretative, eventualmente imposte dal "trapianto" nella diversa *sedes materiae*, è chiaro che soltanto il secondo gruppo di rimedi costituisce uno strumento giuridico strettamente processuale. Invero, la sanzione pecuniaria è minaccia che potrebbe essere deterrente, ma non "cancella" gli effetti materialmente prodotti dall'abuso. Diversamente, la reiezione della domanda opererebbe propriamente sul procedimento, producendo la caduta nel nulla dell'atto<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Così, M. TARUFFO, *General Report*, in AA.VV., *Abuse of Procedural Right: Comparative Standards of Procedural Fairness*, M. TARUFFO (a cura di), The Hague-Boston-London, 1999, p. 23.

<sup>23</sup> Sul punto, pur avendo fatto ricorso al lemma "sanzione" con riferimento ai possibili strumenti (che, come detto, andrebbero opportunamente ricondotti alla categoria delle invalidità) adoperabili dal giudice per contrastare le condotte surrettizie di parte, non vanno dimenticate le lucide osservazioni contenute in G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali*, Milano, 1955, per cui le

Premesso ciò, la direzione che il regime di trattamento, basato sul modello del rigetto della domanda, potrebbe seguire è duplice.

Si potrebbe reagire respingendo la richiesta di parte, “demolendo” l’atto posto in essere e travolgendone gli effetti così come gli atti consequenziali (qui, come si intuisce, la congettura prenderebbe a prestito un meccanismo concepito per le nullità: art. 185 c.p.p.).

Diversamente, si potrebbe pensare alla neutralizzazione del beneficio preso di mira dall’autore dell’abuso (come si vedrà, è questa la direzione essenzialmente seguita dalle Sezioni Unite: v. *infra*).

È chiaro: le due soluzioni pongono il giudice in una posizione diversa a seconda della parte a cui farebbe capo la condotta abusiva: l’esercizio dell’azione penale e, in ultima istanza, di ogni atto che ne costituisce estrinsecazione, richiamerebbero il giudicante ad una posizione di controllo sulla condotta della parte pubblica; di fronte alla difesa, invece, opererebbe in chiave di disincentivo (in pratica: un atto formalmente legittimo ma abusivo non potrebbe ricevere riconoscimento)<sup>24</sup>.

Nondimeno, se tanto il rango pubblicistico degli interessi coinvolti nel processo penale, quanto la difficile coercibilità delle manovre processuali di parte, in coerenza con il modello accusatorio, renderebbe il rimedio costituito dalle sanzioni pecuniarie quello a minor rischio di “collisione” con i principi di sistema (artt. 24 e 112 Cost.), dall’altro lato, tale opzione si rivela comprensibilmente inadeguata ad assicurare un’efficace protezione dei diritti delle parti, aprendo quindi la strada all’opportunità di concepire rimedi di natura caducatoria.

#### *a) Il paradigma della neutralizzazione del beneficio ottenibile dall’abuso.*

Esso ha un archetipo nella disciplina della sospensione dei termini di prescrizione del reato e di durata della custodia cautelare (art. 304 c.p.p.). Questo, dal lato della difesa: è un invito alla correttezza nel chiedere un rinvio del dibattimento, quando ciò sia determinato da impedimento dell’imputato o del suo difensore<sup>25</sup>. Specularmente, sempre per rimanere sullo stesso terreno, l’eventuale abuso della domanda “cautelare” da parte del pubblico ministero,

---

invalidità processuali non integrano una sanzione, bensì un “correttivo” di sistema volto a presidiare gli interessi di parte nel processo. Nel contesto argomentativo del lavoro, diversamente, il termine in oggetto vorrebbe porre l’accento sull’effetto di general-preventivo che il prospettato rimedio esplicherebbe sugli attori processuali, oltre che sull’ortopedia etica della condotta degli stessi.

<sup>24</sup> E.M. CATALANO, *L’abuso*, cit., p. 309.

<sup>25</sup> In tal senso, v. G. AMATO, sub *art. 304*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Milano, 1989, p. 296; P. FERRUA, *I termini massimi della custodia cautelare*, in AA. VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, V. GREVI (a cura di), Milano, 1985; G. ILLUMINATI, sub *artt. 304-305*, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO (coordinato da), vol. III, Torino, 1990; P. TONINI – C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 366 e ss.

sotto il profilo della indebita protrazione dello *status detentionis* dell'imputato, incontrerebbe la sanzione della retrodatazione dei termini di durata della misura imposta con la seconda ordinanza (art. 297 comma 3 c.p.p.).

Non si può dubitare del fatto che dette ipotesi siano sorrette da una logica (per dir così) anti-abusiva; tuttavia, la tentazione di enucleare dalle medesime norme divieti generici di abuso che siano applicabili in situazioni analoghe, deve obbligatoriamente misurarsi con il terreno di riferimento. E qui, il terreno è delicato; il bene coinvolto è la libertà personale, le cui regole di limitazione se, in linea di principio, possono ammettere applicazioni analogiche *in bonam partem*, al contrario non tollerano operazioni interpretative di segno opposto.

Da ciò, più in generale, discenderebbe che qualsiasi tentativo di ricostruzione di clausole anti-abusive non debba misurarsi soltanto con i limiti imposti a monte dalla legalità, ma anche con il contesto di riferimento e con il bene giuridico "sacrificato" dalla sanzione della condotta abuso, occorrendo peraltro valutare se il legislatore abbia inteso circoscrivere la sanzione dell'abuso alle specifiche situazioni descritte dalla norma e che, dunque, il rimedio non sia generalizzabile.

#### *b) Il paradigma della reiezione della domanda abusiva.*

Il tema va necessariamente affrontato in prospettive separate, rispettivamente inerenti alla posizione del pubblico ministero e dell'imputato.

È chiaro: alcuni rimedi tipici, che costituiscono espressione del paradigma in oggetto, possono fondare una riflessione unitaria. Così, l'interesse all'impugnazione (art. 568 comma 3 c.p.p.) – ma il discorso potrebbe, volendo, essere esteso più in generale all'inammissibilità della stessa – funge da filtro utile a discernere le impugnazioni pretestuose o, comunque, marcatamente dettate da fini dilatori, da quelle al contrario fondate. Ciò, come si comprende, varrebbe tanto per l'accusa quanto per la difesa.

Ma torniamo alla metodologia di partenza, procedendo con un'analisi separata delle parti processuali.

Esiste un modo per sindacare – in senso lato – l'ammissibilità dell'iniziativa nell'esercizio dell'azione penale? o ancora più in generale: il giudice dispone di un generico potere di reiezione della stessa quando sia, in ipotesi, abusivamente proposta?

Si torna a quanto detto nel paragrafo precedente: un'attribuzione giudiziale di questo tipo non è presente nel sistema. L'azione penale è obbligatoria; se non è fondata, essa è al più improcedibile: in entrambi i casi, formule liberatorie a parte, si va incontro al proscioglimento che, a quanto pare, costituirebbe l'unico rimedio esperibile a fronte di azioni penali condotte a fini extra-istituzionali; ad onta, purtroppo, delle lacune comunque lasciate dal sistema, atteso che l'imputato, sottoposto all'ordalia di un'azione penale (per ipotesi) evidentemente dettata da ragioni "politiche", dovrebbe comunque passare per il

vaglio giudiziale di (in)fondatezza della pretesa punitiva, non potendo invocare un generico rimedio di arresto del processo penale a motivo (sia consentita l'espressione) dell'eccentricità di scopo dell'azione. Insomma, non si può concepire un ipotetico vaglio giudiziale sulla "congruità dei fini" dell'azione penale.

Cambiando punto di osservazione, guardando al rigetto della domanda pretestuosa dell'imputato, avremmo i seguenti esempi.

L'eccezione di nullità proposta da chi non abbia interesse, o da chi l'abbia causata, va incontro ad un diniego (art. 182 c.p.p.); del pari, un incidente di esecuzione proposto sulla base di motivi posti a fondamento di una precedente richiesta, dal medesimo contenuto, è inammissibile (art. 666 comma 2 c.p.p.).

Come si desume da uno sguardo complessivo, si reagisce a manovre che conducono ad intollerabili appesantimenti della macchina giudiziaria, in relazione alle quali il diritto di difesa subisce una contrazione quando la domanda non sia sorretta da ragioni fondate.

## SEZIONE II

### **1. Abuso del processo e abuso di strumenti processuali**

Quando si parla di abuso sotto il profilo oggettivo (intendendosi in questo caso, quindi, i comportamenti che possono integrarlo), si possono richiamare due macrocategorie.

È una bipartizione che ha origine dal processo civile ma che, certamente, conserva la propria validità anche in ambito penale<sup>26</sup>: abuso del processo in senso stretto, da un lato; abuso di strumenti processuali, dall'altro.

Tale partizione ci informa immediatamente di un fatto: che la categoria dell'abuso riguarda essenzialmente le parti del processo, valendo dunque ad escludere il giudice. Almeno per due motivi.

Il richiamo al dovere di correttezza funge da limite generale per la condotta delle parti processuali, contenendo le perversioni che potrebbero derivare dalla libertà di azione e di strategia di cui esse godono.

In secondo luogo, l'impostazione di massima del sistema accusatorio, in uno con la stretta soggezione del giudice alla legge (art. 102 Cost.), che lo collocherebbe in linea di principio nella posizione di arbitro della contesa, lo sottrae alla nozione in commento: al più, l'esercizio di un potere non consentito dall'ordinamento, o comunque capace di condurre a stasi del procedimento o ad indebite regressioni, potrebbe produrre un altro tipo di vizio, vale a dire l'abnormità dell'atto<sup>27</sup>.

Senza ovviamente enfatizzare troppo il paragone, si potrebbe dire che l'abuso del processo costituisce per le parti quella "chiusura" del sistema che per il giudice è data dall'abnormità. In entrambi i casi, pertanto, siamo al di fuori delle previsioni del codice, all'interno delle creazioni giurisprudenziali.

Tornando alla bipartizione sopra richiamata, va però detto che nel processo civile è agevole ipotizzare l'abuso del processo: l'azione è esercitabile o meno, direttamente rimessa alla disponibilità delle parti (salvo i casi di esercizio della stessa da parte del pubblico ministero, quando vengano in gioco interessi di evidente rilievo pubblicistico); non altrettanto si può dire in sede penale dove, così sembrerebbe ad una prima considerazione logica, si riuscirebbe a concepire unicamente l'abuso di singoli atti (o meglio: strumenti) processuali.

Benché di ciò si parlerà meglio successivamente (in particolare, nel cap. V), è opportuno evidenziare che la difficoltà di concepire nel processo penale manifestazioni pratiche inerenti alla prima macrocategoria (abuso del processo) si presenterebbe unicamente in ragione dei principi di sistema (art. 112 Cost.). In altre parole, nulla toglie che colui che ha il potere di iniziare un processo non promuova l'azione per finalità extra-istituzionali, non animato dall'intento di vegliare sull'osservanza delle leggi (art. 73, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12);

---

<sup>26</sup> Così, M. TARUFFO, *Elementi*, cit., p. 437.

<sup>27</sup> Per un ulteriore accostamento, nei limiti di un mero parallelismo concettuale, fra la teorica dell'abnormità e l'abuso del processo, v. E. AMODIO, *Abuso delle forme*, cit., p. 559.

anzi, la strumentalizzazione di un obbligo “costituzionale” potrebbe costituire condotta (se si vuole) più subdola rispetto a quella del diritto di difesa, benché più difficilmente contrastabile, intuendosi come l’adduzione dell’obbligatorietà a motivo dell’esercizio dell’azione possa essere una comoda “copertura” delle iniziative *lato sensu* scorrette o dei reali intenti alle stesse sottesi; e purtuttavia, come si è detto, arrestarne la prosecuzione costituirebbe intollerabile invasione di campo, ovvero aggressione della “riserva” di attribuzione operata dall’art. 112 Cost.

Oltre a ciò, sempre nell’ottica di delimitare le manifestazioni oggettive dell’abuso, va anche ritenuta valida l’impostazione, invalsa sempre in ambito civilistico, che divide i relativi comportamenti sulla base di due criteri: quello della deviazione funzionale, da un lato; della scorrettezza, dall’altro.

In sostanza, in aderenza a tale ulteriore partizione<sup>28</sup>, un discorso sarebbe esercitare l’azione o compiere un atto per finalità diverse da quelle previste dalla legge (es.: esercitare un’azione al solo scopo di indurre la controparte ad una transazione, o di comprometterne la “credibilità” sociale, per esempio); un altro quello di perseguire un fine legittimo, ma in modo contrario al *fair play* processuale (es.: frazionare il credito in distinte azioni, sottoponendo l’avversario a pesanti aggravii).

A prima lettura, si sarebbe tentati di ricondurre deviazione funzionale e scorrettezza ad unità: alla resa dei conti, cosa cambierebbe? se l’azione o l’atto soggiacciono in entrambi i casi – e questo è certo – ad un impiego distorto (vuoi rispetto al fine consentito, vuoi rispetto al dovere di correttezza processuale)?

Ad uno sguardo più attento, però, ci si avvede della differenza che intercorre fra le due fisionomie.

Esemplifichiamo nel processo penale: se il pubblico ministero esercita l’azione al solo scopo di screditare l’immagine di qualcuno, conscio dell’infondatezza della pretesa punitiva, devierebbe evidentemente dalle finalità istituzionali dell’attribuzione. Diversamente, se la stessa parte volontariamente o colposamente dilata i tempi delle indagini, pur adoperandosi per la necessaria raccolta degli elementi che, di fatto, determineranno l’esercizio dell’azione, non vi sarebbe qui razionalmente deviazione di fini: la condotta è conforme allo scopo legale. È un comportamento puramente scorretto. Al più, il quesito realmente degno di nota sarebbe un altro: cosa si intende per *correttezza* processuale? Il processo civile può contare, al contrario di quello penale, su una casistica ed un’elaborazione giurisprudenziale

---

<sup>28</sup> Per detta impostazione, si veda V. ANSANELLI, *Rilievi minimi*, cit., p. 506; O. FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 540; A. RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un’unica causa petendi o su cause petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, p. 889.

decennale<sup>29</sup>. Vi sarebbe dunque il problema di delimitare i contorni di un concetto che, ad ogni evidenza, sarebbe più propriamente meta-giuridico.

D'altra parte, si possono anche immaginare casi al limite, dove deviazione funzionale e scorrettezza rischiano di confondersi. Se il pubblico ministero volontariamente o colposamente non compie un atto di indagine da cui deriverebbe un elemento di prova a discarico dell'indagato, causandone la perdita del contributo in sede di accertamento; ancora, se l'imputato chiede l'ammissione di una pluralità di testimoni (si immagini un numero consistente), conscio del fatto che molti dei quali renderebbero deposizioni dal contenuto eguale (e che dunque sarebbero superflue: art. 190 c.p.p.), ma in tal modo allungando i tempi dell'istruzione: in tali situazioni, saremo di fronte ad una condotta realizzata in distorsione dei fini legali o più semplicemente sleale?

A parte ciò, la partizione da ultimo richiamata metterebbe anche in discussione l'utilità dell'elemento qualificante la struttura dell'abuso costituito dallo «scopo». In veste di criterio di identificazione delle condotte abusive, sarebbe sicuramente decisivo di fronte a quelle caratterizzate da una deviazione funzionale; ma di fronte alle altre? Ha una qualche utilità pratica nella determinazione della scorrettezza di parte?

## **2. I casi “clinici” di abuso del processo.**

Occorrerà procedere, adesso, ad una sintesi delle manifestazioni pratiche di abuso fornite dalla prassi.

Si ripete opportunamente: un catalogo esaustivo è materialmente impossibile; i casi presi a riferimento, nell'ambito del processo penale, varranno tuttavia a porre in luce i tratti caratteristici e la fisionomia dell'abuso processuale.

La metodologia di analisi muoverà dalla partizione operata nel paragrafo precedente. Pertanto, si procederà ad un'analisi separata delle due macrocategorie di abuso del processo ed abuso di atti processuali.

### *a) Abuso del processo: esercizio dell'azione penale. Fra deviazioni di scopo e scorrettezza.*

Come già detto, si tratta di un terreno assai complicato. Siamo di fronte a condotte in relazione alle quali si riscontra l'oggettiva difficoltà di misurarsi con gli obblighi istituzionali “rigidi” che fanno capo alla figura del pubblico ministero, sembrando però al contempo del tutto avulso dalla realtà il non

---

<sup>29</sup> V. in via riassuntiva, per citare le più recenti: Cass. civ., Sez. L, 10 settembre 2015, n. 17895, Rv. 637079-01); Cass. civ. Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7097, Rv. 616930-01; Cass. civ., Sez. 1, 8 ottobre 2010, 20878, Rv. 614265-01; Cass. civ., Sez. Un., 20 agosto 2010, n. 18810, Rv. 614316-01; Cass. civ., Sez. 3, 17 marzo 2009, n. 6439, Rv. 607124-01; Cass. civ., Sez. L, 2 dicembre 2008, n. 28627, Rv. 605813-01.

riconoscere l'esistenza di prassi devianti, capaci di configurare un abuso in senso stretto<sup>30</sup>. E non è tutto: perché, in quest'ultimo senso, se si possono astrattamente concepire casi di abuso *tout court* dell'azione penale, si danno anche situazioni in cui l'esercizio dei poteri riconosciuti al pubblico ministero, pur non configurando un abuso nel primo senso, incide sulla complessiva *correttezza* o sulla congruenza dei fini del suo agire. Se in sede di indagini il requirente procede separatamente per due posizioni che, al contrario, imporrebbero una trattazione congiunta, così surrettiziamente causando un'oggettiva difficoltà per l'elaborazione delle strategie difensive, non si potrebbe a rigore parlare di abuso dell'azione penale; nondimeno, la slealtà di tale comportamento potrebbe minare in radice la complessiva correttezza del procedimento che seguirà, in quanto un'investigazione congiunta *ab initio* avrebbe certamente agevolato le determinazioni della difesa.

Inoltre, l'abuso può essere commissivo od omissivo.

In seno al primo gruppo, si possono immaginare quelle tipiche situazioni di impiego dello strumento cautelare (la custodia in carcere, in primo luogo) allo scopo di ottenere la collaborazione dell'imputato<sup>31</sup>; o, ancora, se l'imputato, raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine a più fatti-reato, si vedesse destinatario di più richieste di applicazione della misura diluite nel tempo, così da protrarne artatamente il tempo della detenzione. Qui, come si intuisce, è una questione di deviazione funzionale: con il provvedimento cautelare, si persegue un fine estraneo al sistema.

Nel secondo, può rientrare l'elusione di obblighi di legge finalizzati a consentire la partecipazione dell'imputato nel procedimento e l'attuazione del contraddittorio. Si ipotizzi l'omissione, totale o parziale, della *disclosure* (alla fine delle indagini preliminari ovvero in quei casi in sede di investigazioni dove sia imposta dalla legge): l'omissione persegue fini ultronei, a detrimento della posizione dell'imputato. Differentemente, l'inerzia del requirente nello svolgimento delle indagini o il ritardo nell'esercizio dell'azione penale sarebbero violazioni del dovere di lealtà<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Per un'analisi di un caso concreto attinente ad un abuso dell'azione penale da parte del pubblico ministero, riconosciuto sussistente, v. Cass., Sez. I, 14 luglio 2015, Papalia, Rv. 264942.

<sup>31</sup> V. in questo senso il fenomeno dei c.d. "arresti in transito": E. AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, pp. 212 e ss., in relazione al caso in cui l'ordinanza di custodia cautelare emessa del g.i.p., che deve essere eseguita dal pubblico ministero, rimane nelle mani dello stesso senza che venga materialmente eseguita quando, al contempo, egli procede all'interrogatorio dell'imputato. Questi sa del provvedimento coercitivo e il concretizzarsi della "minaccia" dipenderà dalla circostanza che egli sia disposto a collaborare o meno.

<sup>32</sup> In tali termini, v. V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979, pp. 10 e ss.

D'altronde, una sorta di "banco di prova" di tale ultimo gruppo di ipotesi si è riscontrato con il ben noto problema del ritardo (volontario o colposo) nell'iscrizione della *notitia criminis* nel registro delle notizie di reato. Lo sappiamo: il pubblico ministero ha l'obbligo di iscrizione, quando ravvisi l'esistenza di indizi a carico di taluno; l'omissione è fonte di responsabilità in capo al medesimo, non soltanto sul piano disciplinare, ma anche – ricorrendone i presupposti – su quello penale. Ma sul piano strettamente processuale? Vero è che non siamo propriamente di fronte ad un esercizio improprio dell'azione penale: ma è altrettanto vero che la condotta in commento è manifestazione patologica in grado di incidere fortemente sul successivo atto d'impulso, sostanzialmente inquinandone la correttezza (manifestazione patologica richiamata che è esemplificativa di un punto assai utile per le nostre considerazioni, ossia l'oggettiva difficoltà pratica di concepire rimedi o sanzioni dell'abuso all'interno del processo).

Riflessioni a parte meritano le ipotesi costituite dalla scelta del pubblico ministero di taluni *iter* semplificati (ovvero, in senso opposto, dalla mancata scelta).

Si può ipotizzare il ricorso della parte pubblica al procedimento per decreto penale di condanna (o, ancora, del giudizio immediato). La lesione capace di ricrearsi è immane, dal momento che l'effetto immediatamente prodotto è quello di un "salto" di fase, al contempo privando l'imputato del contraddittorio (meglio: posticipandone l'attuazione), essendo altresì plausibile che la garanzia del controllo giudiziale imposto dalla legge non sia sempre e comunque presidio sufficiente.

Del resto, la tematica relativa alla scelta di forme speciali di esercizio dell'azione penale investe anche quella, opposta, di non ricorrervi: così, si può ipotizzare che il magistrato penale, pur conscio della concreta possibilità di definire il procedimento nelle forme del decreto penale di condanna, opti per la prosecuzione attraverso le vie ordinaria, al solo scopo di protrarre il tempo di sottoposizione dell'imputato all'*iter*.

Problematica, invece, potrebbe risultare la riconduzione al *genus* dell'esercizio improprio dell'azione penale la condotta del pubblico ministero diretta a "distogliere" l'imputato dal giudice naturale precostituito per legge (art. 25 comma 1 Cost.). Con maggior sforzo di chiarezza, si rimanda qui allo scenario nel quale il pubblico ministero, in un procedimento avente ad oggetto un reato che risulti connesso con altro esercitante *vis attractiva*, ma in trattazione presso ufficio giudiziario, ometta la riconduzione del procedimento presso la sede «naturale». A ben vedere, non vi è deviazione di scopo, ma condotta sleale. I rimedi esistono (artt. 21 e ss. c.p.p.), ma potenzialmente insufficienti (la difesa potrebbe avvedersi del vizio di incompetenza oltre i limiti "temporali" fissati dal codice, assistendo al cristallizzarsi della preclusione sul punto).

Come si arguisce, le ipotesi esemplificative rappresentate costituirebbero il frutto di scelte discrezionali difficilmente sindacabili secondo gli strumenti positivi, quando non addirittura del tutto incontrastabili.

b) *Abuso di singoli atti processuali.*

La macrocategoria in commento è comprensibilmente più vasta.

L'impostazione accusatoria invalsa con il codice del 1988, unitamente all'esaltazione dei margini di manovra delle parti nella conduzione della controversia, rendono tale terreno fertile, almeno quanto il processo civile, per la coltura dell'abuso di singoli strumenti processuali.

In ragione della sua latitudine, vi rientrano tanto le condotte del pubblico ministero quanto quelle poste in essere dall'imputato.

Se, difatti, non è concepibile un abuso del processo in senso stretto da parte del convenuto, diversamente, l'ampiezza del raggio d'azione insita nel diritto di difesa rende possibile l'impiego distorto da parte di quest'ultimo di strumenti processuali; ciò, come visto con riguardo alla parte pubblica, sia in ottica di deviazione funzionale dell'atto, sia in quella di scorrettezza; così, poi, si avranno condotte "devianti" sia in via commissiva, che omissiva.

In questa sede, tuttavia, si dovrà tenere in conto di un peculiare aspetto: il potenziale coinvolgimento dell'imputato, in uno con la necessità di limitarne le "fughe" dal processo penale a detrimento della economia processuale, rende opportuno il bilanciamento di due contrapposti interessi: il diritto di difesa, da un lato, l'efficienza della giustizia penale, dall'altro<sup>33</sup>.

D'altra parte, il tema è stato oggetto di considerevole attenzione non solo presso la dottrina, ma anche presso la giurisprudenza costituzionale, tesa alla ricerca di un ragionevole punto di equilibrio fra le segnalate esigenze e, al contempo, fornendo "copertura" costituzionale al valore dell'efficienza processuale<sup>34</sup>. Tentando di identificare il contenuto di quest'ultima, secondo la prospettiva del Giudice delle leggi, si può dire che essa coincide con la tutela del raggiungimento del fine essenziale del processo penale: *id est*, la verifica nel merito della pretesa punitiva. Pertanto, il concetto di abuso di atti processuali, ove riferito alla posizione dell'imputato (in quanto elaborato, come si vedrà a breve, a fronte delle condotte dilatorie poste in essere dalla

---

<sup>33</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in AA. VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, pp. 51 e ss.; V. GREVI, *Uso strumentale degli istituti processuali ed esigenze di effettività della giustizia penale*, Relazione al Seminario di studi su "Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo", Catania, 24-25 maggio 2002, A. ZAPPULLA (a cura di), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1067.

<sup>34</sup> Esemplificativamente, si richiamano le pronunce "fondanti": Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 1276 e ss.; Corte cost., 26 ottobre 1995, n. 460, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 451 e ss. V. altresì le considerazioni di E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., pp. 239 e ss.

difesa), è costruito in relazione a quei comportamenti che abbiano l'effetto, a causa delle stasi procedurali ricreate tramite l'abuso di garanzie processuali, di impedire che abbia luogo l'accertamento sul dovere di punire.

Siamo di fronte, quindi, ad un concetto di natura economica: si lega all'esigenza di contenimento della "spesa" giudiziaria, dall'impronta marcatamente utilitaristica<sup>35</sup>. Concetto che, peraltro, si salda con quello dell'impiego razionale del processo e degli strumenti processuali (art. 3 Cost.) e che ha ricevuto quindi un decisivo "avallo" normativo per via della consacrazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

Ora, se questa è stata la premessa, concettuale e pratica, per l'elaborazione dell'abuso di atti processuali, occorre tuttavia porre l'accento su un aspetto specifico di tale macrocategoria: se, difatti, sulla scorta dell'impostazione sopra riassunta, possiamo affermare la presenza, all'interno del sistema, di un principio (per così dire) di non dispersione delle risorse processuali, bisogna però anche addentrarsi, nella valutazione della condotta abusiva di parte, nella *ratio* intima della norma attributiva del potere o disciplinante l'atto compiuto. Detto altrimenti: occorre attentamente individuare il valore o il bene giuridico protetto dalla norma in parola, ponendolo quindi per il tramite di un giudizio di proporzionalità in rapporto con l'esigenza di economicità della macchina giudiziaria. La domanda che ci si pone in esito a tale operazione di raffronto, insomma, è la seguente: se l'efficienza del processo giustifichi in quel singolo caso la compressione dell'interesse sotteso alla norma attributiva del potere.

A ben vedere, siamo di fronte ad un ragionamento che, in sostanza, si richiama al bilanciamento fra interessi in conflitto il quale, come si intuisce, andrebbe risolto caso per caso. L'introduzione ad opera della Corte costituzionale di tale modulo operativo avrebbe logicamente la funzione di evitare una ricostruzione interpretativa per la quale l'individuazione dell'abuso passerebbe per la sola rilevazione della sussistenza dei suoi tratti qualificanti. In altre parole, di fronte all'abuso di atti processuali, non è sufficiente dire in premessa che vi sia distorsione funzionale o scorrettezza nell'esercizio del potere; serve altro: occorre stabilire se l'interesse protetto dalla norma attributiva di potere possa soccombere di fronte all'economicità della macchina processuale. Ed è anche evidente che la problematicità dell'impostazione sta nella determinazione del rango della garanzia insita nella previsione disciplinante il potere. Il che sarebbe come dire: vi sono garanzie più o meno "sacre" o, comunque, più o meno suscettibili di compressione. Da una parte,

---

<sup>35</sup> E. D'ANGELO – F. BERTOROTTA, *Il nuovo processo penale al bivio, tra le ragioni del garantismo ed il mito dell'efficienza*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, *Procedura penale*, Milano, 2000, p. 239; P. TONINI, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 332. Più indietro nel tempo, v. N. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1967, pp. 7 e ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 133; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1980, pp. 151 e ss.

infatti, occorre particolare prudenza nel collocare gli interessi in gioco all'interno della scala gerarchica dei valori; dall'altra, abbiamo un giudizio che, complice anche il fatto di essere condizionato dall'alea del caso concreto, è inevitabilmente inficiato dal relativismo dei valori così come dalla loro estrema mutevolezza nel corso del tempo.

Detto ciò, nel tentativo di individuare alcune ipotesi sintomatiche di abuso di strumenti processuali, si può iniziare con quella costituita dal c.d. *overuse*<sup>36</sup> dell'istanza di parte. In altri termini, si fa riferimento all'eccesso di reiterazione di richieste di parte al giudice, accompagnate dalla carenza di sostanziale fondamento o, in ogni caso, da evidente pretestuosità.

Si potrebbe quasi dire *species* del più ampio *genus* della richiesta manifestamente infondata. Tuttavia, se in quest'ultimo caso l'intento abusivo potrebbe essere escluso da diverse ragioni di manifesta infondatezza (una richiesta potrebbe esserne inficiata anche solo per imperizia tecnica della parte nell'uso del mezzo processuale), in quello sopra evocato è relativamente più semplice: la pedissequa riproposizione della medesima istanza, fondata sugli stessi elementi che avrebbero sorretto la prima già rigettata o dichiarata inammissibile (per citare il caso più frequente), fornisce un indice alquanto attendibile delle finalità dilatorie sottese al meccanismo, al di là di eventuali previsioni di legge che sanciscano la sua reiezione (si guardi ad esempio all'art. 666 comma 2 c.p.p., in tema di inammissibilità dell'incidente di esecuzione proposta sulla base di motivi posti a fondamenti di uno precedentemente rigettato). È, chiaramente, condotta dannosa in termini di economia di sistema, soggetto a gravissime forme di abuso che possono arrivare, in certi casi, ad essere persino concertate: si ipotizzi, in un processo plurisoggettivo, la proposizione "a turno" da parte dei coimputati di richieste di differimento dell'udienza per legittimo impedimento, dirette a lucrare il tempo utile alla prescrizione del reato<sup>37</sup>.

Sempre in seno alla pratica dell'*overuse*, si può richiamare il fenomeno dell'abusivo ricorso alla ricusazione o alla rimessione.

Si tratta di impiego distorto di particolare allarme, tanto da destare l'interesse e l'intervento della Corte costituzionale: qui, a ben vedere, il grado di problematicità sarebbe acuito dall'apicale rilevanza dell'interesse tutelato dagli strumenti processuali in commento (art. 111 Cost.: imparzialità del giudice),

---

<sup>36</sup> Il termine è tratto dalla dottrina statunitense; si veda, a tal proposito, in via esemplificativa, L.S. MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and The Consequences for Unfounded Rulemaking*, 46 *Stanf. L. Rev.*, 1994, pp. 1393 e ss.

<sup>37</sup> Il fenomeno in oggetto è preso in specifica considerazione dalla giurisprudenza di legittimità, v. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2002, Cremonese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 693 e ss., con nota di A. BARBIERI, *Astensione collettiva degli avvocati dalle udienze e sospensione del corso della prescrizione*.

contrapposto a quello dell'efficienza processuale; il che si tradurrebbe, concretamente, nel conflitto fra due basilari principi di sistema<sup>38</sup>.

Nell'occasione specifica (prima dell'intervento di ristrutturazione legislativa operato dalla c.d. legge Cirami, in particolare sulla rimessione), il Giudice delle leggi dovette rimediare ad una lacuna del sistema e ad un corpo normativo che si prestava irragionevolmente ad impieghi dilatori delle richieste di ricusazione e di rimessione (il discorso, peraltro, si inserirebbe più ampiamente nella tematica dei rapporti fra procedimento principale e incidentale, dove l'esigenza di evitare sequenze diacroniche si contrapporrebbe a quella di non produrre inutili rallentamenti della procedura)<sup>39</sup>.

La prassi, posta di fronte all'evidente *vulnus*, aveva elaborato soluzioni extra-legali, tanto dubbie sul piano tecnico quanto esacerbate nel rigore. Si era sancito infatti il potere del giudice (ricusato o rimesso) di vagliare *ex ante* l'ammissibilità delle istanze di parte.

Intervenendo al fine di comporre il conflitto ricreatosi, la Corte costituzionale se, indirettamente, censurava la prassi summenzionata (si tratta di attribuzione non consentita dal sistema), lanciava un "monito" al legislatore, contemporaneamente dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 e 37 comma 2 c.p.p. (rimuovendo così il limite per il giudice, intervenuta l'istanza di rimessione o ricusazione, di pronunciare sentenza): nell'opera di programmazione normativa, bisogna necessariamente tenere conto – per dir così – del grado di "abusabilità" di un atto o di una facoltà; pertanto, in ossequio ai principi di ragionevolezza e di efficienza processuale, detto grado va il più possibile contenuto, al fine di evitare che il processo sia distolto dal proprio naturale fine (risposta alla pretesa punitiva).

Ma contenuto a parte, a ben riflettere, la pronuncia ci fornisce due indicazioni essenziali ai fini della presente trattazione. Se da una parte, infatti, siamo di fronte ad un tentativo ragionato di ricostruire la categoria dell'abuso (almeno con riferimento a quella degli atti processuali), sulla base di criteri-

---

<sup>38</sup> Per osservazioni in merito alla logica insita nella tutela dei valori di terzietà ed imparzialità del giudice, v. M. NOBILI, *Commento all'art. 25 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, in G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1981, pp. 208 e ss.; G. SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, Milano, 1984, pp. 193 e ss.; L. GIULIANI, voce *Rimessione del processo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 227; ivi, G. PICA, voce *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, XII, pp. 307 e ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Dichiarazione di ricusazione, sospensione del processo ex art. 37 comma 2 c.p.p. ed effetto sospensivo sui termini di custodia cautelare: una importante sentenza chiarificatrice delle Sezioni Unite (con una "distrazione" finale?)*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 113 e ss.

<sup>39</sup> Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353, in materia di rimessione e, in quella di ricusazione, ma limitatamente al divieto di pronunciare sentenza per i casi di riproposizione di ricusazione sulla base dei medesimi elementi, Corte cost., 23 gennaio 1997, n. 10, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 77 e ss.

guida di matrice costituzionale<sup>40</sup>, dall'altra, ci informa di una linea culturale e di indirizzo tecnico-giuridico specifica: la basilare diffidenza di fronte all'uso dell'analogia e la tendenziale riluttanza a lasciare nelle mani "pretorie" l'elaborazione di clausole anti-abuso non previste dalla legge con, al contempo, la necessità che le stesse clausole siano stabilite da una espressa previsione o, almeno, che abbiano un referente normativo capace di fungere da base concettuale.

Attenta considerazione, inoltre, merita il profilo attinente all'abuso dell'impugnazione.

Si tratta di un fenomeno che si estrinseca in un'eterogenea gamma di ipotesi, all'interno della quale la (ricercata) dilatazione dei tempi finalizzata alla prescrizione è – probabilmente – quella più frequente<sup>41</sup>.

Un punto deve essere chiaro. È un'area nella quale bisogna procedere con cautela. I giudizi di impugnazione, di massima refrattari all'ingresso di *nova* (sia per quanto riguarda le prove, che per quel che concerne il *thema decidendum*, circoscritto in linea di principio all'oggetto devoluto con l'atto di impugnazione) e, pertanto, strutturalmente più prossimi ad un modello "cartolare" che ad uno fondato sull'oralità (come invece lo è il primo grado), sono (per dir così) fisiologicamente votati all'abuso; essi costituiscono "appendici", epiloghi processuali solamente possibili e non necessari (tenendosi altresì presente che il solo giudizio per cassazione ha rilevanza – espressa – costituzionale: art. 111 Cost.); donde, si potrebbe dire, il basilare preconetto che rischia di serpeggiare nel sistema: quello per il quale, il più delle volte, la proposizione delle medesime sarebbe superflua, inutile.

Da tale ragionamento, seguirebbe che l'identificazione del carattere "abusivo" dell'impugnazione debba passare per un'attenta analisi dei motivi presentati a sostegno, dove il parametro dell'interesse previsto dall'art. 568 comma 3 c.p.p. assume valore determinante<sup>42</sup>. L'impugnazione è congegnata

---

<sup>40</sup> Così, E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 249. Per osservazioni sulla pronuncia in commento, v. V. GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di remissione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di rikusazione)*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 1276 e ss.; L. GIULIANI, *Una sentenza di incostituzionalità annunciata in tema di remissione del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1465; G. SPANGHER, *Incostituionale il divieto di pronunciare sentenza pendente la richiesta di remissione*, in *Studium iuris*, 1996, pp. 1342 e ss.

<sup>41</sup> Senza trascurare, quindi, impieghi surrettizi dell'impugnazione quali quello messo in luce da V. GREVI, *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 1167 e ss.

<sup>42</sup> Per tutti, v. *Cass. pen.*, Sez. Un., 29 maggio 2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883; ancora, v. *Cass. pen.*, Sez. IV, 3 novembre 2011, Di Carlantonio, Rv. 252150; *Cass. pen.*, Sez. VI, 25 marzo 2003, Valle, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 98; *Cass. pen.*, Sez. VI, 14 febbraio 1997, Capozzi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1152. Nel copioso scenario delle pronunce sul tema, inoltre, valga il richiamo dei principi espressi dalla Suprema Corte in Sez. Un., 11 maggio 1993, Amato, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2808; Sez. Un., 16 marzo 1994, Rusconi, in

come strumento di controllo di quanto fatto in precedenza, che di per sé, potenzialmente, costituisce titolo per fondare un giudicato. Il “fisiologico” rischio di superfluità sopra segnalato, insito in tale strumento, renderebbe latente quello di abuso.

D'altra parte, il sistema delle impugnazioni presenta notevoli carenze in punto di impieghi abusivi, in particolare sotto il profilo della proposizione a fini di prescrizione del reato<sup>43</sup>. La mancanza di previsioni specificamente dirette a neutralizzare i pericoli di uso distorto delle impugnazioni ha condotto a riflessioni e perplessità sull'impostazione normativa, portando a chiedersi in ottica di ipotetica riforma se non fosse il caso intervenire attraverso la neutralizzazione dei benefici che automaticamente conseguirebbero alla proposizione. Per intenderci: se la presentazione dell'impugnazione produce automaticamente l'allungamento dei tempi utili alla prescrizione, ci si è chiesti se non fosse opportuno l'inserimento di un meccanismo di sospensione dei termini di prescrizione<sup>44</sup>. Sempre in tale solco, era maturata l'idea alternativa di intervenire in seno all'art. 129 c.p.p., precludendo al giudice dell'impugnazione di dichiarare l'estinzione del reato ove maturata a seguito della pronuncia di primo grado<sup>45</sup>.

Al di là del ventaglio dei rimedi possibili, la materia dell'abuso delle impugnazioni ci testimonia di un fatto. Se, come si diceva, la completa disponibilità del relativo potere (che, alla resa dei conti, pare fondare un vero e proprio diritto potestativo in capo alla parte) la rende una sede perfetta per la proliferazione degli abusi, si potrebbe razionalmente giungere ad una duplice conclusione: che sembra sussistere un rapporto di proporzionalità diretta fra ampiezza della discrezionalità di parte, insita nell'esercizio del potere, e la libertà di scelta concessa alla parte quanto al se avvalersi di una determinata prerogativa, e il rischio di abuso che ne può derivare; al contempo che, attesa l'impostazione di fondo del sistema accusatorio, il quale valorizza al massimo la libertà strategica minimizzandone la compressione, l'introduzione di meccanismi anti-abusivi (preferibilmente per via legislativa), per l'esigenza di ricondurre a logicità il sistema, si presenterebbe come una soluzione preferibile.

---

*Cass. pen.*, 1994, p. 2400; Sez. Un., 24 marzo 1995, p.m. in proc. Boido, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3308.

<sup>43</sup> A titolo di esempio, si vedano le perplessità manifestate, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, da chi denunciava la carenza di previsioni legali capaci di disincentivare l'impiego a fini dilatori del mezzo in commento: M. CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, pp. 3 e ss.

<sup>44</sup> M. CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni*, cit., pp. 3 e ss.

<sup>45</sup> Così, V. GREVI, *Un “caso clinico” in tema di impugnazioni dilatorie*, cit., pp. 1169 e ss. Altra soluzione proposta era quella di limitare il divieto in parola ai casi di inammissibilità delle impugnazioni: A. NAPPI, *Improcrastinabile una razionalizzazione delle impugnazioni nel processo penale*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 23, pp. 1 e ss.

### 3. Un'irruzione (forse) inattesa: le Sezioni Unite Rossi

Eccoci al “dunque”.

L'elaborazione (avvenuta in precedenza in maniera frammentaria) della categoria dogmatica dell'abuso del processo riceve un autorevole avallo da una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Si allude, in particolare, a Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi (in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2410 e ss.).

Una pronuncia che, per certi versi, sorprende. L'irruzione, infatti, si concretizzerebbe – così sembrerebbe – nella canonizzazione di un potere (del giudice) e di una sanzione, finalizzati a frapporre una barriera ai comportamenti ostruzionistici, al di là delle griglie legali. Il risultato complessivo (come si vedrà) è che si valicano decisamente i confini delle forme di legge: senza rischio di incorrere in iperboli, si assiste alla creazione di una invalidità di origine “giurisprudenziale”.

Da un punto di vista logico, la premessa da cui la Cassazione muove è ineccepibile: preservare la coerenza del sistema e l'impiego armonico delle garanzie processuali costituisce esigenza imprescindibile; di conseguenza, vanno censurate le condotte di parte (dell'imputato, in questo caso) dirette a strumentalizzare le stesse, ricreando un vero e proprio sviamento della funzione del processo.

Quel che desta l'attenzione è altro: la metodologia usata per reagire alle prassi distorte, in primo luogo; la soluzione finale (categoria dell'abuso del processo), in secondo luogo.

Muovendo dal principio espresso dalla Suprema Corte, si può dire che alla base del fenomeno dell'abuso del processo vi sia – in estrema sintesi – l'esigenza di un impiego armonico, coerente delle garanzie processuali: quel che ispira l'elaborazione della figura in commento è la necessità di evitare che le garanzie «vengano strumentalizzate per il conseguimento di risultati estranei alle ragioni per cui sono state riconosciute».

Il caso che i Giudici di legittimità hanno affrontato – come noto – investiva l'artata concatenazione, ad opera dell'imputato, di revoche e di rinunce a mandati defensionali effettuati nel corso del dibattimento (otto complessivamente, nel corso del giudizio di primo grado), con conseguente richiesta ai sensi dell'art. 108 c.p.p. di concessione di termini a difesa. Il Giudice, intuendo la finalità dilatoria sottesa alla “manovra”, a partire dalla quinta rinuncia concedeva termini a difesa inferiori al minimo stabilito per legge (pari a sette giorni, salve le ipotesi di cui al comma secondo dell'art. 108 c.p.p., che si riduce a ventiquattro ore), quindi pervenendo alla negazione radicale del suddetto termine di fronte all'ottava (ed ultima) richiesta.

La risposta delle Sezioni Unite è talmente perentoria da risultare quasi (sia contentito l'aggettivo) brusca: «*il numero esagerato di iniziative difensive, ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma che,*

*essendo in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute, hanno realizzato un abuso del processo, che rende le questioni di nullità prospettate in relazione all'art. 108 cod. proc. pen. manifestamente infondate».*

Questa, in sostanza, la reazione, calibrata sulla base dell'elaborazione di un "nuovo" istituto: *«L'abuso del processo consiste [...] in un vizio, per sviamento, della funzione; ovvero, secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione».* Prosegue: *«L'uso arbitrario trasmoda poi in patologia processuale, dunque in abuso, quando l'arbitrarietà degrada a mero strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa dal processo, non nel processo: in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio equo celebrato in tempi ragionevoli».*

Pare che, fra le righe, oltre ogni considerazione sulla correttezza tecnica della soluzione, lampeggi un segnale: la slealtà delle parti, che si ravvisa nell'impiego surrettizio delle facoltà processuali, non può essere in alcun modo tollerata. Tradotto, il messaggio suonerebbe nel seguente modo: non bisogna abusare della bontà del sistema (!)

#### **4. Considerazioni critiche**

Si prescinderebbe da osservazioni circa l'effettiva necessità di addivenire all'elaborazione della clausola dell'abuso nel caso sottoposto alle Sezioni Unite: perché, ad ogni buon conto, il comportamento scorretto dell'imputato si realizza a dibattimento chiuso; termini a difesa, insomma, venivano richiesti quando la discussione finale era terminata, considerato anche che il pubblico ministero aveva rinunciato a formulare repliche. La risposta del giudice alle richieste di termine a difesa, quindi, non avrebbe avuto bisogno di "scomodare" sviamento di garanzie ed efficienza del sistema: dibattimento finito, dunque l'istanza della difesa andava liquidata con un "non luogo a provvedere"<sup>46</sup>.

Ma il "dado [ormai] è tratto": la soluzione è lì, e poco importa la quantificazione in concreto delle conseguenze pratiche immediate; contano le implicazioni concettuali di fondo a cui essa potrebbe dare luogo e, ancora di più, le derive ermeneutiche capaci di essere legittimate.

Conosciamo i termini "classici" del problema: il principio di legalità, che risulta maggiormente irrigidito in materia di invalidità processuali, chiude alla possibilità di crearne di altre in via extra-legislativa.

La pratica, tuttavia, ha evidenziato tendenze di segno antitetico: le lacune del sistema sono state (come nel caso in analisi) spesso sfruttate a vantaggio delle

---

<sup>46</sup> V. per tali considerazioni E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3596 e ss.

parti. Quello delle nullità è un perfetto campo di coltura di tali prassi: al solo scopo di lucrare lungaggini del procedimento, l'eccezione di nullità è un ottimo espediente. A fronte di tali impieghi pretestuosi, la risposta dei giudici è lapidaria: formalmente, il vizio è integrato; sostanzialmente, non vi sarebbe danno o pregiudizio di sorta da rimediare per il tramite della dichiarazione di invalidità. Quindi l'eccezione va respinta<sup>47</sup>.

Altrettanto note sono le critiche che tali impostazioni hanno attirato. Con il massimo sforzo di sintesi, esse costituiscono un sovvertimento delle linee del sistema: da un lato, manifestano «una ricorrente ansia di disfarsi dell'apparato formale»; dall'altra, condurrebbero alla «cancellazione del concetto di perfezione»<sup>48</sup>.

Non si sbaglierà di certo allora, come già anticipato osservando che l'abuso del processo si inserisce nel solco di tendenze interpretative antiformalistiche le quali, percorrendo le strade aperte da una sempre più visibile crisi della legalità, rischiano di condurre ad una (in passato paventata) giustizia “senza commi”<sup>49</sup>. Ad uno sguardo attento, infatti, si può anche aggiungere che le tendenze interpretative evidenziate e l'abuso del processo (che si inserisce nell'alveo delle prime) condividono un aspetto, basilare per entrambe le teoriche: il concetto di scopo dell'atto.

Ridotto il discorso ai minimi termini, vi è sottesa l'idea di una (per dir così) predeterminazione per legge dei fini: ogni istituto ha uno scopo, ogni atto deve raggiungere un fine “naturale”; è scorretta la condotta che svii da esso. Il tratto di continuità essenziale sta proprio in ciò: come nell'ambito delle tendenze sostanzialistiche in tema di nullità si nega l'operare della sanzione qualora l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo, così, di fronte all'abuso del processo, la parte devia dal fine istituzionale, piegando un istituto a logiche impreviste dalle norme, con la conseguenza che tale comportamento non può ricevere alcuna tutela. In entrambi i casi, a ben guardare, si assiste ad un'indagine che tocca l'elemento volitivo dell'autore dell'atto, in particolare

---

<sup>47</sup> Esemplificativamente, si vedano le pronunce: Cass., Sez. II, 15 luglio 1960, in *Giust. pen.*, 1961, III, c. 46; Cass., Sez. III, 6 novembre 1958, in *Giust. pen.*, III, c. 326; in seguito, Cass., Sez. III, 15 giugno 1979, in *Cass. pen.*, 1980, pp. 1602 e ss.; Cass., Sez. V, 28 ottobre 1975, in *Cass. pen.*, 1976, pp. 1154 e ss. Ragionamento rieditato più recentemente da Cass., Sez. II, 25 gennaio 2011, in C.e.d. 249360; Cass., Sez. II, 23 marzo 2004, in C.e.d. 228638.

<sup>48</sup> In questi termini, F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 704 e ss. In seguito, si vedano le considerazioni di G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 628; R. BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, pp. 456 e ss. Allo stesso modo, l'abuso del processo vede la netta contrapposizione di vedute fra chi, favorevole ad un modello marcatamente rigido di legalità, mette in dubbio la stessa esistenza nella prassi giudiziaria del tentativo di elaborare una teorica generale in materia, e chi invece ne sottolinea la necessaria coltura ed approfondimento. Sul primo versante, v. per tutti M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, cit., p. 117; per la seconda impostazione, v. E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit.

<sup>49</sup> Così, M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, 2009, p. 288.

quello della finalità concretamente perseguita che, però, verrebbe riguardato in modo differente. In tema di nullità, la condotta scorretta si sostanzia nell'eccezione pretestuosa della parte, che vorrebbe porre nel nulla un atto processuale che in ogni caso ha prodotto l'effetto giuridico previsto dalla legge (una notifica, per ipotesi invalida, può comunque produrre l'effetto di far conoscere l'atto al destinatario); nell'ambito dell'abuso *tout court*, invece, la parte realizza un atto che devia dal proprio fine o, comunque, contrario ai doveri di correttezza ma che, ad ogni buon conto, è conforme alle previsioni di legge. Nell'abuso, quindi, mancherebbe a rigore, a differenza delle nullità, la contrarietà di un comportamento alle forme legali. Il che, alla resa dei conti, potrebbe essere riassunto nei seguenti termini: nell'ambito delle eccezioni di nullità pretestuose, l'indirizzo interpretativo segnalato giungerebbe ad una dilatazione dell'area di operatività dell'art. 182 c.p.p., in punto di «interesse della parte all'osservanza della disposizione violata»; in materia di abuso, diversamente, non vi è un paradigma di riferimento (come vi è sul primo versante) dato dalla disposizione di legge (formalmente) violata, anzi, la condotta sarebbe al contrario formalmente ineccepibile: tutto si incentrerebbe sullo “scopo”, sicché, oltre che ad un'indagine sull'elemento psichico della parte, si condurrebbe di fatto l'interprete a coniare una vera e propria invalidità. Qui, insomma, l'estro “sostanzialistico” si spingerebbe al massimo.

D'altronde, queste impostazioni sarebbero consistentemente alimentate dagli stessi precetti sovra-ordinari: se si afferma che il processo deve essere “giusto” (art. 111 Cost.), si ha quasi la sensazione che sia caldeggiato un invito alla giustizia sostanziale. Certo, magari solo qualora la rigida osservanza delle forme conduca a risultati irrazionali; ma, si sa, la rottura degli schemi legali è in grado di mettere facilmente in crisi il rapporto fra regola ed eccezione: di modo che i moduli di segno sostanzialistico rischierebbero di divenire consuetudine, il rispetto delle forme l'eccezione<sup>50</sup>.

In effetti, la rigidità del principio di legalità processuale è di palmare evidenza, potendosi apprezzare chiaramente nella formulazione dell'art. 177 c.p.p.: da un lato, si introduce un limite per il giudice, che non potrà dichiarare nullo un atto quando esso sia conforme alla legge; dall'altro, l'inosservanza del precetto legale, sanzionata con l'invalidità, conduce per questo semplice fatto alla dichiarazione di invalidità, senza che l'interprete abbia la possibilità di verificarne la concreta attitudine offensiva<sup>51</sup>. L'indagine su quest'ultimo

---

<sup>50</sup> Con tale pregnanza di accenti, in particolare con riguardo all'incidenza del “giusto processo” sulla materia delle nullità, v. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Cedam, 2008, pp. 67 e ss.

<sup>51</sup> Su tale punto, v. le chiare riflessioni di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2451 e ss.; in precedenza, v. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, p. 189; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali, II*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg., vol. XIV, 2006, pp. 3 e ss. Più in generale, per una panoramica circa la teorica del pregiudizio effettivo nel

elemento, ad ogni buon conto, costituirebbe l'essenza dei comportamenti abusivi: evidentemente, se ci si pone il problema di reagire ad un abuso, per un comportamento formalmente rispettoso della legge, è perché esso arreca pregiudizio (all'efficienza del sistema, in questo caso).

Si può sintetizzare, dunque, dicendo che di fronte all'elemento del pregiudizio effettivo, la teorica dell'abuso si pone in un rapporto per certi versi ribaltato rispetto a quello che lo lega alle interpretazioni sostanzialistiche in tema di invalidità: in quest'ultimo ambito, l'assenza di pregiudizio elimina la necessità della sanzione invalidante, anche se il comportamento è contrario alle norme di legge; nell'altro, la presenza del pregiudizio giustifica l'individuazione di un'altra invalidità, benché la condotta sia formalmente consentita. Bisogna dunque porre attenzione ai parallelismi concettuali. Se è vero che l'abuso del processo muove dalle sopra segnalate impostazioni, è innegabile che la pretesa e la posta in gioco su detto versante sono ben più elevate: qui non si limita l'applicazione delle invalidità, ma al contrario se ne espande il numero e l'operatività.

Premesso ciò, sembra allora che l'evocazione da parte delle Sezioni Unite del concetto di abuso sia in un certo qual modo fuorviante: si mischiano due piani operativi differenti, benché aventi tratti comuni. Il ricorrente, infatti, lamentava la nullità (art. 180 c.p.p.) derivante dalla mancata concessione del termine a difesa previsto dalla legge (art. 108 c.p.p.): la Corte ribatte che «*non può dare luogo a nullità alcuna il diniego di termini a difesa o la concessione di termini a difesa ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108 comma 1 c.p.p., quando nessuna lesione o menomazione ne derivi, in assoluto, all'esercizio effettivo del diritto alla difesa tecnica*». Di conseguenza, la risposta della Corte avrebbe potuto linearmente essere: non vi è pregiudizio alcuno, dunque la doglianza è pretestuosa. Non può ricevere tutela.

Dopotutto, l'impostazione adottata dalla Suprema Corte rappresenta per certi versi il "limite" di massima oltre il quale sinora il giudice interno non si è spinto: nello sforzo di cercare un idoneo rimedio all'abuso processuale, ci si è sempre mossi nel solco dei percorsi normativi già noti (per tutti: quello delle invalidità); come dire: lo sforzo creativo ha tentato la via della ricostruzione della nozione, pur senza costruirne una teorica generale ed, in particolare, per quel che riguarda il regime di trattamento (ancorato, si ripete, a quello delle invalidità, basato sul contenimento della loro applicazione).

In ogni caso, rimarrebbe una considerazione fondamentale: l'abuso del processo è necessario come categoria processuale?

Un discorso è dire che un istituto è eccentrico rispetto ad una vicenda, un altro è dedurne l'inutilità pratica per l'ordinamento.

L'impiego coerente ed armonico della facoltà difensive è esigenza imprescindibile, questo è innegabile, avente financo copertura costituzionale (art. 111 Cost.). Tuttavia, in assenza di interventi normativi diretti a perfezionare i congegni del sistema, l'attività di supplenza dell'interpretazione è obbligata, potendosi addirittura nutrire forti dubbi che il (progressivo ed incessante) "aggiustamento" legislativo costituisca il definitivo antidoto all'abuso (è per lo meno inverosimile un sistema privo di lacune, non soggetto ad alcun abuso).

È a questo punto che diviene fondamentale una diversa operazione: l'emenda della categoria in oggetto, sotto i profili del fondamento teorico e della corretta declinazione pratica. Insomma, si potrebbe forse condividere l'idea della necessità di una clausola generale di abuso processuale, facendo tuttavia attenzione a delimitarne l'area oggettiva di intervento. Alla resa dei conti, il valore maieutico della pronuncia delle Sezioni Unite pare essere proprio questo.

## **5. Abuso dell'abuso del processo? Rischio di manipolazione di principi costituzionali.**

Le considerazioni sinora svolte ci conducono direttamente ad un problema per certi versi "fisiologico" alla categoria dell'abuso processuale: quello delle manipolazioni concettuali a cui è soggetto, tanto sul versante teorico che su quello pratico.

In effetti, la problematica in commento è la conseguenza dell'assenza di sistematico inquadramento nella cultura processuale penalistica: si potrebbe dire che esiste, al più, una "cultura" di reazione alle prassi abusive, che si concretizza in moduli interpretativi eterogenei.

D'altra parte, l'immediata derivazione del concetto da principi costituzionali, come oramai sembra essersi orientata la giurisprudenza interna (sia costituzionale che di legittimità)<sup>52</sup>, se da un lato permette di porre in risalto la (giusta) rilevanza della tematica anche sul terreno processuale, dall'altra è capace di condurre – come sopra evidenziato – a pericolose derive ermeneutiche.

Quali sono, alla resa dei conti, i rischi in parola? Quelli – così parrebbe – di creare un modello di invalidità e di correlativa sanzione difficilmente controllabile, in considerazione dell'ampia discrezionalità di sindacato a cui è soggetto e, come sembra di intuire, quello della ubiquità applicativa a cui soggiace la clausola elaborata (come declinata dalle Sezioni Unite, si arguisce

---

<sup>52</sup> E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., pp. 39 e ss. Si richiamano nuovamente, a tal proposito, le pronunce di Corte cost., n. 10/1997 e 353/1996; v. anche Corte cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 16, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 190, dove si auspica l'intervento del legislatore diretto a scongiurare un impiego delle facoltà difensive «susceptibil[e] di compromettere valori costituzionali».

che la reazione all'abuso si fonda su un potere inerente alla giurisdizione, come immediato riflesso dell'esigenza di auto-protezione del sistema).

D'altronde, i "nervi" scoperti sarebbero tanti. Per intenderci: la parte che sia interessata ad eccepire la condotta abusiva di controparte, attraverso quali strumenti processuali potrebbe far valere la doglianza?

Pertanto, varrà la pena di soffermarsi, seppur brevemente, sulla tematica della derivazione "costituzionale" della categoria in oggetto, cercando – ove possibile – di discuterne le implicazioni (positive o negative). Il risultato che si ottiene, alla fine, è quello di delimitare correttamente il perimetro delle previsioni legittimative, per individuare di riflesso anche i valori (egualmente costituzionali) con i quali esso andrebbe controbilanciato e, al limite, quando possa prevalere o soccombere.

La pronuncia delle Sezioni Unite è emblematica in tal senso: l'abuso si "misura" attraverso il diritto di difesa (art. 24 Cost.); meglio: con quella proiezione rappresentata dal rapporto di fiducia che l'imputato instaura con il proprio difensore a seguito del mandato defensionale<sup>53</sup>. Affermare che, in determinati casi, l'esercizio di quel diritto possa costituire un abuso implica l'ingerirsi in quella relazione fiduciaria che lega la parte e il patrono, ponendone in discussione nel caso concreto lo stesso fondamento, quando detta relazione sia basata su un intento "abusivo" e non su reali necessità di strategia tecnica. La posta in gioco aumenta poi considerevolmente, se si pensa che tale tipo di operazione è in grado di aggredire il diritto dell'accusato di disporre dei tempi e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa (art. 6 C.e.d.u.), così esponendo lo Stato italiano all'inadempimento degli obblighi derivanti dall'adesione al Consiglio d'Europa, oltre che, nell'ipotesi in cui tale impostazione si elevasse a diritto vivente, giungere a configurare una c.d. violazione strutturale da parte dell'ordinamento interno.

Occorre innanzi tutto individuare e delimitare i principi costituzionali pertinenti.

In ordine di progressione numerica, si può partire con l'art. 2 Cost.

Dall'affermazione degli imprescindibili doveri di solidarietà sociale ivi espressa, la giurisprudenza avrebbe tratto un dovere di lealtà e di probità in capo alle parti, alla base – come già detto diffusamente – del divieto di abuso in sede processuale<sup>54</sup>.

Senza necessità di dilungarsi troppo, è facile intravedere in detta impostazione un eccesso di (per così dire) genericità nel ricollegare il divieto di abuso all'art. 2 Cost. Indipendentemente dalle funzioni che, più o meno

---

<sup>53</sup> E.M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. pen. e Giust.*, 2012, pp. 95 e ss. V. altresì, A. CRISTIANI, sub *art. 105*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, p. 105; G. TRANCHINA, *Il difensore*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006, p. 225.

<sup>54</sup> Così, Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, p. 347.

latamente, si possano assegnare al precetto, si può comunque affermare di trovarsi al cospetto di una previsione promotrice di un generale dovere di probità reciproca fra i singoli: dovere che innerva il tessuto sociale, economico e giuridico nella sua interezza e, quindi, inidoneo di massima a connotare in modo qualificante la nozione di abuso sotto il profilo dei fondanti costituzionali.

Diverso discorso può farsi con riferimento agli artt. 3 e 111 Cost.

In sostanza, il riferimento all'art. 3 Cost., la cui amplissima e potenziale omnivalenza è assai nota, assume un significato preciso alla luce dei parametri specificamente enucleati dall'art. 111 Cost.

Si è già detto dell'incapacità (potremmo dire) euristica del canone del "giusto processo" sul versante dei fondamenti logici e costituzionali dell'abuso: oltre che fuorviante e gravido di derive interpretative autoritarie<sup>55</sup>, va anche detto che è "giusto" il processo regolato dalla legge. Si tratta quindi, pare di potersi sostenere, di un principio che non si cristallizza in un corpo di regole precostituito: è la legge (ordinaria) che progressivamente lo attua, esprimendo di tal guisa – potremmo dire – una tendenza, una "stella polare" alla quale occorre imprescindibilmente guardare, tanto in sede di legislazione che in sede interpretativa.

I parametri, allora, che vanno correttamente estrapolati dall'art. 111 Cost. sarebbero la ragionevole durata e conseguentemente, in congiunzione con l'art. 3 Cost., l'efficienza della macchina giudiziaria che, come detto in precedenza, muove dall'esigenza di garantire la razionalità del sistema e l'impiego logico ed armonico del processo e delle relative facoltà.

Apparentemente, saremmo di fronte ad un'endiadi, sembrando che l'efficienza del processo sia già ricompresa nel nucleo della ragionevole durata. Tuttavia, a ben vedere, hanno contenuto eterogeneo.

La ragionevole durata impone di contenere il processo entro lassi temporali che, da una parte, non si risolvano in un pesante quanto inutile sovraccarico della giustizia penale, dall'altro di salvaguardare la posizione dell'imputato che, costretto a "subire" il procedimento, ha interesse a limitare il tempo di soggezione alla procedura<sup>56</sup>.

L'efficienza, diversamente, prescinde dalla ragionevole durata. Un impiego di un istituto processuale può realizzarsi in maniera distorta indipendentemente dall'effetto che cagioni sul processo in termini di durata. Può allungarlo o velocizzarne il corso, non è questo il punto. Per esemplificare, se il pubblico ministero demanda (ipotizziamo) in carenza di presupposti e al fine di evitare il contraddittorio con l'imputato l'emissione di decreto penale di condanna, sta evidentemente velocizzando il corso del procedimento; al contrario, se volontariamente o colposamente dilata i tempi delle indagini o di iscrizione del

---

<sup>55</sup> V. sul punto, lucidamente, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto*, cit., pp. 2445 e ss.

<sup>56</sup> Per ampie considerazioni sul principio di ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost., v. D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012.

nome dell'indagato nel registro dell'art. 335 c.p.p., ne sta producendo un rallentamento. Quel che conta è che si ritorce contro il corretto funzionamento della macchina giudiziaria, ovvero contro la corretta applicazione delle garanzie delle parti (dell'imputato, in questo caso) e l'interesse all'esercizio dei poteri entro i fini dettati dalla legge.

Non pare allora sostenibile l'impostazione per cui l'abuso della parte pubblica lederebbe la ragionevole durata del processo e, diversamente, quello dell'imputato l'efficienza del processo<sup>57</sup>.

Sotto un profilo strettamente logico, l'idea dell'abuso si riallaccia certamente all'esigenza di razionalità: ma è un concetto più di origine sociologica, verrebbe da dire, che abbisogna di "specificazione" giuridica, al fine di sottrarlo all'azione di spinte marcatamente emotive, quali la domanda collettiva di repressione o, addirittura, il piegamento della giustizia a finalità etiche (per intenderci, perseguire penalmente per dare forti segnali al pubblico circa la moralità del sistema e delle istituzioni).

Se ciò è vero, possiamo allora raggiungere una conclusione.

Eventuali norme che si prestino intollerabilmente a manovre abusive, si espongono al contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost.<sup>58</sup>, conseguentemente al rischio di illegittimità costituzionale; anzi, si potrebbe forse dire – senza timore di smentita – che la categoria dell'abuso processuale assume l'ulteriore funzione, all'interno del sistema, di attribuzione semantica dei principi di ragionevole durata e di efficienza del processo, fornendogli (verrebbe da dire) una valenza fortemente pratica.

Si è discusso dei valori costituzionali soggetti all'aggressione dell'abuso del processo. Rimane però un altro punto essenziale: verificare quali siano le previsioni che fondano il dovere delle parti di evitare condotte abusive e, al contempo, quali siano i limiti di tale dovere che possano giustificare la compressione della libertà d'azione nel processo delle medesime.

## **6. Obbligatorietà dell'azione penale.**

La nozione di abuso processuale, sia riferita al processo in senso stretto (dovendo qui più correttamente parlarsi di abuso dell'azione) che ai singoli atti processuali, evoca spontaneamente il problema del rapporto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Richiamandoci a considerazioni già svolte ma che vale la pena qui riassumere, il dilemma è dato dalla – si direbbe – rigidità dell'assioma. In parole povere, il pubblico ministero non può scegliere se esercitare l'azione penale; proprio al fine di evitare l'elusione dell'obbligo, il codice appresta

---

<sup>57</sup> In tal senso, v. E. AMODIO, *Durata ragionevole del processo*, cit. pp. 163 e ss. Nello stesso senso, E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 57.

<sup>58</sup> È questo il solco argomentativo sostanzialmente percorso da Corte cost., sent. n. 353/1996 e n. 10/1997, nonché ravvisabile implicitamente in Corte cost., ord. n. 16/2006.

strumenti diretti a salvaguardarne il rigore (paradigmatico l'esempio del controllo effettuato dal giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione).

È da qui, però, che potrebbe nascere un possibile equivoco.

Se alla parte pubblica sono sottratte valutazioni di opportunità circa l'atto d'impulso, ciò non significa che le condotte (in senso lato) procedimentali del magistrato non possano essere oggetto di distorsioni.

A ben guardare, un ragionamento del genere sarebbe in aperta contraddizione con quanto dimostra costantemente la pratica (che vede l'attribuzione al pubblico ministero di una più che ampia libertà d'azione).

Non si può in linea di principio effettuare un (per dir così) sindacato dei fini sottesi all'esercizio dell'azione penale; ma ciò non vuol dire che sullo stesso non incomba un divieto di abuso. Anzi, per il pubblico ministero il generale divieto in parola si ricaverebbe molto più agevolmente di quanto non si riesca con riferimento alla difesa. Se, difatti, l'art. 112 Cost. impone l'obbligo di esercizio dell'azione penale, in quanto diretta alla salvaguardia dei fini dettati dalla legge (le funzioni dell'organo in commento sono nitidamente compendiate nell'osservanza della legge, nel corretto funzionamento della giustizia e nella repressione dei reati: v. artt. 73 e 74 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), correlativamente sancirebbe – parrebbe ragionevole sostenere – uno stretto obbligo di contenere la stessa entro i fini legalmente predeterminati; forse, addirittura, il lemma «obbligo» assume, con specifico riguardo all'abuso del processo, una connotazione più pregnante di quella che avrebbe il generico diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi (art. 24 comma 1 Cost.)<sup>59</sup>.

Sarebbe proprio questo aspetto, pertanto, quello dell'obbligo, che andrebbe correttamente valorizzato ai fini della trattazione dell'abuso ad opera del pubblico ministero.

Come giustamente posto in luce, infatti, il principio stabilito dall'art. 112 Cost. si colloca nella duplice dimensione della garanzia e dell'obbligo<sup>60</sup>. Della seconda si è già detto; per la prima, basti il rilievo che la funzione di garanzia esplicita dalla norma varrebbe ad assicurare l'indipendenza esterna del magistrato da altri poteri. A ben guardare, la funzione di garanzia è del tutto neutra ai fini della possibile enucleazione di un divieto di abuso; diversamente, sarebbe decisiva la dimensione dell'obbligo.

Ma quale potrebbe essere la latitudine operativa di tale divieto in capo al pubblico ministero?

---

<sup>59</sup> Con accenti simili, per un'enucleazione della condotta abusiva dal canone dell'art. 112 Cost., v. E. AMODIO, *L'abuso delle forme*, cit., p. 555.

<sup>60</sup> A. MOLARI, *Introduzione*, in AA. VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, M. TIRELLI (a cura di), Atti del Convegno in Modena, 27 aprile 1996, p. 9; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, pp. 51 e ss.

Esso, a ben guardare, si proietta anche nella fase delle indagini<sup>61</sup>; a maggior ragione, poi, verrebbe da dire, atteso che detta fase vede il ruolo di assoluta preminenza del magistrato rispetto alla persona sottoposta alle indagini: i margini di manovra, all'interno di un momento procedimentale caratterizzato dalla segretezza e dall'assenza di controllo non solo della difesa ma anche del giudice (il giudice per le indagini preliminari ha funzione di garanzia, che interviene solo se compulsato), rendono forse ancora più plausibile la possibilità di abusi della parte pubblica. Ma non solo: si può parlare di condotta abusiva a fronte di attività realizzate dalla polizia giudiziaria? Un'eventuale risposta negativa, fondata sull'assenza formale della qualifica di parte in capo alla medesima, sarebbe visione miope: lo stretto legame funzionale tra il ruolo della polizia e le successive determinazioni del pubblico ministero per l'esercizio dell'azione penale rendono al contrario verosimile (benché in astratto) la possibilità di estendere a tale organo l'area di operatività del divieto.

Al più, qui, si porrebbe il problema di come e quando far valere il vizio integrato dal comportamento abusivo ed, ove si arrivasse a posticipare la rilevabilità del vizio dopo l'inizio del processo (art. 416 c.p.p.), se a quel punto i rimedi prospettabili fossero proficui o del tutto inutili per intempestività.

Il rilievo problematico è perfettamente sintetizzabile in quei casi di omesso esercizio dell'azione penale. Non c'è dubbio che si tratti di abuso, dacché impedirebbe al processo di giungere al naturale approdo (verifica della pretesa punitiva). Ma è sempre contrastabile? Si ipotizzi il caso delle richieste di proroghe *ad libitum* delle indagini a carico di persona ignota (art. 415 c.p.p.): non vi è un particolare onere di motivazione della richiesta di archiviazione qui, né – sembrerebbe – della richiesta di proroga (al contrario di quanto accada se la persona è individuata: art. 406 c.p.p.), donde il pericolo di manovre abusive. Ma come rimediare?

A prescindere dalle risposte ai quesiti che precedono, parrebbe comunque possibile concludere in questo senso: che il divieto di abuso in capo alla parte pubblica costituisce corollario dell'art. 112 Cost.; ancora, che la condotta sleale del magistrato, a differenza di quella posta in essere dalla difesa, ha una potenziale attitudine plurilesiva: non verrebbero in gioco soltanto, in altre parole, l'esigenza della ragionevole durata e dell'efficienza del processo, ma anche l'insieme delle garanzie difensive. Il che, ad ogni buon conto, se da una parte rende il giudizio di bilanciamento più complesso (per il più elevato

---

<sup>61</sup> In tal senso, esemplificativamente v. le considerazioni di A. CRISTIANI, *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1993; L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 249 e ss.; G. UBERTIS, *Garanzie costituzionali nel nuovo processo penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Verso un giusto processo penale*, Torino, 1997, pp. 42 e ss.

numero degli interessi coinvolti), dall'altra rende più esigibile e necessaria la reazione a tali prassi distorte.

## **7. Abuso del processo da parte dell'imputato. La rigidità del diritto di difesa.**

Come sembra emergere dalle argomentazioni precedenti, è possibile che pure un obbligo (costituzionalmente sancito) sia oggetto di abuso; resta da vedere, ulteriormente, se una garanzia o, più genericamente, un diritto protetto dalla Carta fondamentale si presti ad un impiego distorto.

La tematica della suscettibilità all'abuso dei diritti costituzionalmente tutelati è risalente<sup>62</sup>: se, di fatti, un conto è l'inviolabilità di taluni diritti, altro è una loro regolamentazione positiva, diretta a fissarne i confini di un impiego entro la ragionevolezza<sup>63</sup>.

Così, se il pubblico ministero ricava la premessa di un divieto di condotta abusiva dall'art. 112 Cost., le parti private soggiacciono allo (per dir così) speculare limite per via del diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 1 Cost. In altre parole, al diritto dell'individuo di agire in sede giudiziaria per la tutela dei propri interessi corrisponde l'obbligo di un impiego coerente ed armonico dei poteri che ne costituiscono manifestazione. Questo su un piano generale; perché, ad uno sguardo più approfondito, si coglie la diversa intensità o, per lo meno, un diverso modo di atteggiarsi del divieto di abuso a seconda della singola posizione processuale presa come riferimento. Senza indugi: logicamente, il diritto di difesa dell'imputato ha una maggiore pregnanza rispetto a quello riconosciuto alle altre parti private; allo stesso modo, il divieto in parola assume contorni e connotazioni differenti nell'uno e nell'altro caso. Insomma, con riferimento alla tematica qui trattata, sarebbe un diritto "a geometria variabile".

Lasciando da parte le considerazioni dovute al fatto che la presenza nel processo penale delle parti private diverse dall'imputato è solo eventuale, il ragionamento in parola si giustifica alla luce di un'osservazione di massima: ogni potere processuale attribuito al secondo, oltre ad essere espressione del diritto di difesa, costituisce mezzo direttamente strumentale alla tutela del bene primario della libertà personale (art. 13 Cost.). Conseguentemente, la difficoltà di tracciare, con riguardo all'imputato, i confini di "abuso" del diritto di difesa, deriva anche dalla circostanza che, a conti fatti, limitare l'esercizio di un potere in quanto manifestazione abusiva, vuol dire porre un argine alle strategie di

---

<sup>62</sup> Per studi sul tema, calibrati sull'abuso del processo, si richiamerà F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, *Diritto positivo*, cit., pp. 738 e ss.; M. TARUFFO, *Elementi*, cit., pp. 440 e ss. Per un esame circa i confini di talune garanzie costituzionali, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 452.

<sup>63</sup> E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., p. 66.

parte volte alla tutela della libertà personale. Di fronte agli abusi della difesa, in sostanza, la dialettica fra interesse del singolo e quello dell'autorità assume toni assai virulenti: dunque, da un punto di vista logico, la possibilità di elaborare, con riferimento alla posizione dell'imputato e del suo difensore, una clausola generale anti-abusiva assume forse maggiore problematicità rispetto all'operazione che si richiederebbe sul versante della parte pubblica, atteso che un divieto (generale) di condotte surrettizie in capo al pubblico ministero non solo compendia esigenze di sistema ma, forse ancora più pregnantemente, di tutela della libertà personale.

Ridotto il discorso ai minimi termini, il grave limite con cui probabilmente la cultura processuale penalistica si è tradizionalmente confrontata, in materia di abuso processuale, è quello di averlo affrontato attraverso un'esclusiva chiave di lettura: quella di condotta contraria ai canoni di ragionevole durata e del giusto processo (art. 111 Cost.). È chiaro, infatti, che detta prospettiva rende il terreno del diritto di difesa quello ideale<sup>64</sup>, se non esclusivo per la coltura del tema in oggetto, perché – pare di poter dire – se (come osservato nel paragrafo precedente) l'abuso del magistrato assume una valenza plurioffensiva, ritorcendosi, oltre che contro gli interessi di sistema (art. 111 Cost.), anche contro quelli del singolo (artt. 13 e 24 comma 1 Cost.), quello della controparte attingerebbe unicamente quello del corretto funzionamento del sistema. Al di là di ogni congettura, se non è erronea, l'impostazione invalsa è quanto meno fortemente limitativa, poiché incapace di rendere contezza delle effettive capacità disfunzionali dell'abuso.

Con ciò, si faccia attenzione, non si vuol dire che la necessità di contenere gli abusi del diritto di difesa possano passare in secondo piano rispetto a quella della limitazione di segno opposto.

Ciò che si suggerisce è l'opportunità di differenziare sul piano tecnico le soluzioni al problema delle condotte abusive.

Come si è detto, abuso di parte pubblica e dell'imputato non possono essere posti sullo stesso piano, donde l'esigenza di diversificarne il trattamento, probabilmente attraverso un ribaltamento della impostazione interpretativa emersa dalle Sezioni Unite in precedenza analizzate. Lì, l'abuso è stato concepito come clausola "ubiqua", che fungerebbe da barriera all'impiego incoerente delle garanzie. Troppi i pericoli di deriva, così come le insidie ermeneutiche di fondo (non ci dilungheremo nel riassumerle). Forse, la strada migliore in quest'ultimo senso, pur consci delle difficoltà pratiche che essa genera, è quella di una limitazione degli abusi della difesa tramite l'intervento legislativo, attraverso quindi una progressiva opera di "perfezionamento" normativo.

---

<sup>64</sup> Il fondamento in un certo qual modo autoritario nell'impostazione che limita la libertà del diritto di difesa è posta in luce anche da T. PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. Abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3605 e ss.

Al contrario, varrebbe la pena di tentare una impostazione ermeneutica nell'opposta prospettiva: la possibilità di ricostruire una clausola generale di divieto di abuso in capo all'accusa, mediante un'analisi diretta a rinvenirne i possibili fondamenti e, allo stesso tempo, ove se ne ammetta la possibilità, una corretta modulazione operativa.

## Capitolo II

### **L'Abuse of Process Doctrine nel sistema anglosassone: una ricostruzione agli antipodi.**

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Genesi del rimedio. – 3. Giurisdizione ed esecutivo: la dottrina dell'abuso al "banco di prova" dell'interferenza fra poteri. – 3.2. Il concetto di *Judicial Discretion*. – 4. Gli elementi qualificanti della dottrina. – 5. "Fondanti" metagiuridici: il *principle of legitimacy* e la *fairness*. Polisemia della *fairness*: fra esigenze di sistema, di moralità e di garanzie soggettive – 6. Tra arresto del procedimento e soluzioni "intermedie": criteri di scelta del rimedio estremo. – 7. I casi "clinici" del sistema anglosassone. – 7.1. Ritardo nell'esercizio dell'azione penale (*Delay*). – 7.2. Divieto di doppio giudizio (*Double Jeopardy*). – 7.3. *Entrapment*. – 7.4. Dispersione di prove (*Lost or Destroyed Evidence*). – 7.5. Il processo "mediatico": *Adverse Publicity*. – 7.6. *Breach of Promise*. – 8. Osservazioni di fondo.

#### **1. Premessa**

Il profilo per così dire funzionale dell'abuso del processo, ì come ricostruito nel sistema processuale anglosassone, può perfettamente cogliersi nella seguente considerazione:

«*The topic must be taken seriously in order to preserve the welfare of the system*»<sup>65</sup>.

Ad onor di verità, la riflessione appena richiamata ha a riguardo il processo civile.

Anche nell'ordinamento giuridico anglosassone, infatti, come in quello italiano, l'istituto in parola ha origine sul terreno processuale civilistico, come forma di rimedio – all'impiego distorto dell'azione o di taluni strumenti processuali<sup>66</sup>. E, come egualmente posto in luce, anche nel sistema

---

<sup>65</sup> Così, espressamente, N. ANDREWS, *Abuse of Process in English Civil Litigation*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, 1999, p. 98; negli stessi termini, R. BRAY, *Beckford and Beyond. Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process*, 2007, *Denning Law Journal*, pp. 69 e ss.

<sup>66</sup> In via del tutto esemplificativa, per le elaborazioni in seno alla prassi giudiziaria civile si richiameranno: *R v Forbes, ex p Bevan*, [1972], 127 CLR 1, 7, per Menzies J; *Taylor v Taylor*, [1979], 143 CLR 1, 6, per Gibbs J.; *Castro v Murray*, [1875], LR 10, Ex 213; *Asmore v British Coal Corporation*, [1990], 2 QB 338, 348; *Bhamjee v Forsdick Practice Note*, [2003], EWCA Civ 1113, [2004], 1 WLR 88, 33; *Laing v Taylor Walton*, [2007], EWCA Civ. 1146, [2008], PNLR 11, 303; *Jameson v Central Electricity Generating Board*, [1998], QB 323, 344. In dottrina, si vedano i contributi di: I.H. JACOB, *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 1970, 23 *Current Legal Problems*, 23, p. 43; R.G. FOX, *Criminal Delay as Abuse of Process*, 1990, 16, *Monash University Law Review*, 64, pp. 74 e ss.; J.A. JOLOWICZ, *Abuse of the Process of the Court: Handle with Care*, 1990, 43 *Current Legal Problems*, p. 77; K.

anglosassone, al pari di quanto sia dato riscontrare in quello domestico, siamo di fronte ad una nozione di origine, matrice? giurisprudenziale, dunque, al di fuori delle griglie legali positive

Le parole sopra evocate, tuttavia, sono esattamente traslabili al processo penale<sup>67</sup>, in ragione dell'identità di essenza e di *ratio* della categoria in ambedue le sedi processuali.

Come si avrà modo di osservare, l'essenza dell'abuso del processo (è data dalla *discretion*; anzi, avuto specifico riguardo a quello che è il paradigmatico modello della reazione alle prassi distorte poste in essere dall'accusa (*public prosecutor*), consistente nell' dall'arresto del procedimento penale per ordine del giudice, la dottrina in parola ne mutuerebbe pure il nome: *abuse of process discretion* (o *doctrine*).

Con estrema sintesi, potremmo dire che il lemma *discretion* assume una doppia valenza sul versante dell'abuso del processo operando in due direzioni.

Lo si può guardare dalla prospettiva dell'accusa (*prosecutorial discretion*): la teorica oggetto dell'analisi che seguirà, infatti, origina direttamente dalla necessità di impedire che la discrezionalità del *prosecutor* nell'esercizio dell'azione penale si possa risolvere in un intollerabile pregiudizio a carico dell'imputato (fino a compromettere, come si vedrà, la complessiva equità della procedura).

Ma – come si è detto – può essere guardato da un'ulteriore angolazione. Il fondamento del potere-dovere di intervento del giudice, di fronte agli abusi della parte pubblica, è dato da quello che risulta essere un elemento intrinseco alla giurisdizione: *judicial discretion*. Senza anticipare troppo quanto si dirà a breve (v. *infra*: § 3.2.), possiamo per ora definirla come (sia consentita l'iperbole) la quintessenza del *common law*: il potere di “individualizzare” la giustizia.

Apparentemente, siamo di fronte a concetti distinti; verrebbe da dire: un discorso è la discrezionalità dell'accusa nell'esercizio delle proprie funzioni, un altro è quella che dirige l'operato della giurisprudenza. In realtà, la complessiva teorica dell'abuso del processo ne mostra la reciproca specularità, tanto – si potrebbe fondatamente affermare – che non vi sarebbe ragione di concepire nella materia in commento una *judicial discretion*, ove non si postulasse a monte la *prosecutorial discretion*. Il che, in termini più semplici, sarebbe come dire: non vi sarebbe motivo per la giurisprudenza di inventare un rimedio di natura discrezionale, se non vi fosse il bisogno di respingere un abuso di discrezionalità da parte dell'accusa.

---

MASON, *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 1983, 57 *Australian Law Journal*, p. 449; P.H. WINFIELD, *The History of Conspiracy and Abuse of Legal Procedure*, 1921.

<sup>67</sup> A. CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford ed., 2008, p. 1.

Più nel dettaglio: in che senso l'arresto del procedimento per ordine del giudice, a causa di un abuso del processo, è esercizio di un potere "discrezionale"?

*«The power to stay is said to be discretionary. In this context, the word "discretionary" indicates that, although there are some clear categories, the circumstances in which proceedings will constitute an abuse of process cannot be exhaustively defined and, in some cases, minds may differ as to whether they do constitute an abuse. It does not indicate that there is a discretion to refuse a stay if proceedings are an abuse of process or to grant one if they are not»<sup>68</sup>.*

Rinveniamo subito una fondamentale indicazione, sia di carattere dogmatico (concetto di discrezionalità in tema di abuso del processo), sia di natura metodologica. La selezione delle condotte che integrano un abuso costituisce propriamente operazione discrezionale: essendo insuscettibili di formare un numero chiuso, andranno valutate caso per caso (*fact-finding approach*). È la reazione all'abuso accertato invece che, ove questo abbia irrimediabilmente compromesso alcuni interessi fondamentali del sistema penale, fonda un vero e proprio dovere in capo al giudice<sup>69</sup>.

Con ciò, si faccia attenzione, non si vuol dire che l'approccio metodologico appena segnalato si traduca nella impossibilità di rintracciare dei veri e propri casi paradigmatici di abuso del processo. Anzi, gli orientamenti emersi nella prassi sembrano indicare il contrario, mostrando – come verrà detto nel prosieguo – un progressivo sforzo da parte della giurisprudenza anglosassone di assestare moduli applicativi ed interpretativi caratterizzati dalla fissazione di *standard rules* ed, al contempo, di non recingere la (sintomatologia dei casi di abuso entro un numero chiuso. D'altra parte, siamo di fronte ad una materia altamente malleabile e magmatica. Tale aspetto si riflette nelle evoluzioni di una disciplina che, a ben guardare, si presenta come un "contenitore" aperto: talune prassi dell'accusa, che siano in un determinato momento storico prive di specifica sanzione, potrebbero successivamente – per mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale – ricadere entro lo spettro della dottrina dell'abuso del processo (emblematica, lo si analizzerà, l'ipotesi dell'*entrapment*: v. § 7.5.).

Per riassumere, in tema di *abuse of process doctrine* la discrezionalità costituisce elemento qualificante in un duplice senso: sia nella prospettiva dell'accusa, sia in quella della giurisdizione.

A dire il vero, se si guarda al versante della giurisdizione, si sarebbe tentati di collocare il rimedio in parola nella situazione soggettiva del dovere<sup>70</sup>: ove

---

<sup>68</sup> *R v Carroll*, [2002], HCA 55, par Gaudron and Gummow JJ.

<sup>69</sup> *Hunter v Chief Constable of West Midlands Police*, [1982], AC 529, par Diplock J.

<sup>70</sup> A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 2. Il concetto è perfettamente riassunto in *R v Horseferry Road Magistrates' Court, ex p Bennett*, [1994], 1 AC 42, 74, per Lord Lowry.

venga verificata la sussistenza di talune premesse, scatta l'obbligo giudiziale di provvedere (si potrebbe osservare). Di fatto, però, le modalità operative che caratterizzano tale categoria dogmatica, in aggiunta all'eccezionalità della correlata sanzione, la quale dunque interverrà qualora non sia invocabile altro strumento di tutela previsto dalla legge e solo a seguito di un'operazione di bilanciamento di interessi in conflitto (valutazione intrinsecamente imprevedibile, in dipendenza stretta con le circostanze del contesto fattuale specifico<sup>71</sup>), ne illuminano il sopra segnalato tratto fondamentale: essenzialmente, *discretionary power*.

Il naturale (se così si può dire) corso della procedura prevede il dovere del giudice di accertare la fondatezza della pretesa punitiva:

*«The normal course should be that any criminal charge should proceed to full trial, and it is only in the most exceptional circumstances [...] that the court should exercise its undoubted discretion to prevent such a course on the basis that the proceedings amount to an abuse»<sup>72</sup>.*

Il che è come dire: l'accusa ha il potere (discrezionale) di condurre l'accusato dinanzi alla corte per un esame nel merito dell'imputazione (situazione, quest'ultima, che corrisponde ad un obbligo, in linea di principio); allo stesso modo, costituisce un fondamentale pubblico interesse quello di reprimere i reati e punire i colpevoli. Nondimeno, lo sviamento dei fini dell'azione penale (abuso) da parte del *prosecutor* non può essere in alcun modo tollerato: con la conseguenza che, in situazioni eccezionali, gli interessi richiamati vengono "sacrificati" a fronte del pregiudizio morale che il sistema di giustizia subirebbe ovvero di quello che l'imputato verrebbe a patire ove la procedura continuasse (pericolo di condanna di un innocente).

## **2. Genesi del rimedio**

Da dove deriva il riconoscimento in capo al giudice del potere-dovere di bloccare la progressione dell'*iter* processuale, quando ha luogo un abuso del pubblico ministero?

Come già si anticipava agli esordi del lavoro, la prospettiva di inquadramento della dottrina anglosassone è diametralmente antitetica a quella italiana.

Sempre con riferimento al sistema penale, nell'ordinamento italiano l'abuso nasce essenzialmente come strumento di reazione alle condotte ostruzionistiche poste in essere dall'imputato o dal suo difensore, quando (per ripetere un noto e rappresentativo *slogan*) il fine ultimo del primo diviene la difesa "dal" processo e non "nel" processo. Se vogliamo, quindi, l'abuso del processo è

---

<sup>71</sup> *R v Martin*, [1998], AC 917, 926; *R v Burns*, [2002], EWCA Crim 1324, [27].

<sup>72</sup> In questo senso, v. *CPS v Tweddel*, [2001], EWHC Admin 188, [2002], 1 FCR 438, [6].

concepito in chiave repressiva: occorre tutelare l'efficienza della macchina giudiziaria, così come l'interesse alla celebrazione del processo in tempi ragionevoli, anche se ciò comporta il disconoscimento di una facoltà astrattamente legittima<sup>73</sup>.

Al contrario, come già per sommi capi illustrato nel paragrafo precedente, la nozione di *abuse of process* è di segno garantistico: nel sistema di giustizia anglosassone, l'azione penale costituisce in linea di principio opzione del *public prosecutor*, a cui è rimessa la selezione di ciò che sia "concretamente" meritevole di persecuzione; l'esigenza di contenerne i possibili sviamenti, pertanto, si potrebbe dire fisiologica ad un sistema così congegnato: se si vuole, la dottrina in parola nasce da una presa di coscienza, ossia che fra discrezionalità (nell'esercizio dell'azione penale) ed arbitrio passa un confine assai sottile che, se non ben sottoposto a scrutinio, rischia di risolversi in un intollerabile detrimento a carico dell'imputato e per conseguenza del sistema nel suo complesso.

Donde la prima cautela da tenere in considerazione in chiave di analisi comparata: non ci troviamo a che fare con una clausola di salvaguardia di esigenze oggettive o sistemiche, quali l'efficienza della macchina processuale o la razionalità del suo funzionamento (interessi che, semmai, possono trovare protezione attraverso la dottrina anglosassone dell'abuso in modo indiretto, di riflesso). Muta – così potremmo dire – il contesto valoriale: i parametri di riferimento sono altri. Il fondamento del potere-dovere di punire, qui, ruota attorno a due poli che, immancabilmente, devono stare in equilibrio: da una parte, abbiamo la pretesa alla persecuzione dei fatti-reato; dall'altra, quello di assicurare l'equità (*fairness*) del processo (che, lo approfondiremo, altro non vuol dire se non garantire condizioni di partenza del processo tali per cui le probabilità di condanna equivalgono a quelle di non colpevolezza).

Ad ogni modo, proseguiamo con il rintracciamento delle basi del potere-dovere di arresto del procedimento.

I *leading cases* sarebbero tanti. Si può però prendere ad esempio il seguente.

Il caso *R v Connelly*, [1964], AC 1254, 1296 poneva il problema – lo si vedrà più nel dettaglio avanti, quando si procederà all'analisi dei casi sintomatici di abuso del processo – dei limiti e dei confini di operatività della *double jeopardy rule*. In parole povere, il divieto di doppio giudizio (espressione entro la quale si può racchiudere lo spettro di contenuti e di disciplina della dottrina menzionata) non fornisce all'imputato una protezione omnicomprensiva: vi sono situazioni, infatti, in cui l'instaurazione di un secondo giudizio, a carico della stessa persona per il medesimo fatto (ovvero per fatti strettamente connessi a quelli per cui è intervenuto giù un giudizio), fuoriesce dall'area di "copertura" della regola richiamata; nondimeno, ciò che non risulta espressamente vietato non diventerebbe per ciò stesso legittimo: a determinate

---

<sup>73</sup> Come si è verificato: v. cap. I, Sezione II: § 3.

condizioni, il secondo giudizio sarebbe iniquo o, comunque, concretizzerebbe in una lesione della moralità del sistema di giustizia.

In tale specifico caso, addirittura, il potere-dovere della corte di reagire al comportamento scorretto dall'accusa non si limiterebbe unicamente ad arrestare il progredire della procedura, ma si estenderebbe anche alla stessa possibilità che il processo abbia inizio (stroncandolo, insomma, sul nascere). Il che, al di là di qualsiasi considerazione tecnica inerente ai contenuti di tale potere-dovere, suona come un *caveat* alla parte pubblica: la giurisdizione dispone di un "potere inerente" (fisiologico), capace non soltanto di mettere in discussione il *modo* di procedere dell'accusa, ma anche e soprattutto il *se*.

Infatti, si riconosce al giudice una basilare prerogativa:

*«to prevent a trial from taking place [in the exercise of its] residual discretion [...] Are the courts to rely on the Executive to protect their process from the abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The court cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused».*

Questo per quel che riguarda la legittimazione di detta attribuzione giurisdizionale. Va opportunamente posto in luce, però, che si tratta di una clausola residuale, destinata ad operare in circostanze del tutto eccezionali (*extraordinary power*). Ed è su questo punto che, in realtà, si addensano le maggiori difficoltà applicative. Si tratterebbe, quindi, di individuare le condizioni alle quali il ricorso a tale potere sia inevitabile.

Si è detto che quando l'accusa viene promossa, la corte deve procedere alla verifica della sua fondatezza; sorge, insomma, in capo alla medesima il dovere di sciogliere un'alternativa: *guilty* o *not guilty*. Quanto detto vale in linea di principio, dacché vi sono quattro eccezioni fondamentali. In particolare, l'obbligo in oggetto viene meno se:

- a) l'azione penale è improcedibile;
- b) si ricade nell'area di diretta operatività della *double jeopardy rule* (*autrefois acquit* or *autrefois convict*);
- c) vi è un ordine di non prosecuzione dell'azione penale da parte dell'*Attorney-General* (c.d. *nolle prosequi*);
- d) vi è difetto di giurisdizione della corte adita.

Orbene, la clausola ( anti-abuso costituisce la quinta eccezione, aggiungendosi alle precedenti sopra elencate, le quali sono tradizionalmente accolte dalla giurisprudenza anglo-sassone come veri e propri limiti

all'esercizio dello *ius dicere*<sup>74</sup>. Ad ogni modo, l'essenza della dottrina in analisi (meglio: della sanzione finale nella quale si sostanzia), guardata anche da quest'angolo visuale, rimane invariata: è un rimedio ad un difetto genetico o sopraggiunto dell'azione esercitata dalla parte pubblica; la giurisdizione si incardina sulla base di una determinazione discrezionale del *prosecutor*, a cui spetta la scelta del dare inizio o meno al processo vero o proprio (*trial*); la scorrettezza dell'agire, però, può inficiare la stessa "opportunità" dell'azione o, con maggior precisione, l'equità del processo. In questi casi, non si può proseguire. Il procedimento va fermato.

Occorre a questo punto confrontarsi con un ulteriore quesito: da un punto di vista tecnico, che cos'è l'arresto del procedimento penale (*stay*)?

Si tratta di una nozione non facilmente maneggiabile dal giurista italiano (più in generale, forse, da quello di *civil law*). Nel nostro ordinamento, infatti, non esiste formalmente una clausola residuale mediante la quale il giudice possa ordinare la non perseguibilità del processo (o dell'azione): ha un'alternativa secca, condanna o proscioglimento e, giova notare, fra le cause di proscioglimento, dettagliatamente indicate dalla legge, non si rinviene nulla che si avvicini al rimedio in discorso.

Sul piano materiale non è difficile comprendere in che cosa consista l'arresto del procedimento: il processo ha termine per ordine espresso del giudice. Non si andrà oltre (salva, chiaramente, la possibilità per l'accusa di proporre impugnazione). Dal punto di vista tecnico, invece, è inevitabile l'accostamento con l'assoluzione; perché, nella sostanza, l'effetto (meglio: il beneficio) che l'imputato trae da entrambe le pronunce è il medesimo. Ciò non toglie però che *stay of the proceeding* ed assoluzione (*acquittal*) siano oggetti distinti; il primo va distinto inoltre da un'altra tipologia di statuizione giudiziale, con la quale condividerebbe ancor più evidenti margini di affinità (*verdict of not guilty*):

«Where a defendant arraigned on an indictment or inquisition pleads not guilty and the prosecutor proposes to offer no evidence against him, the court before which the defendant is arraigned may order that a verdict of not guilty shall be recorded without any further steps being taken in the proceedings, and the verdict shall have the same effect as if the defendant had been tried and acquitted on the verdict of a jury or a court»<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Per tutte, v. la pronuncia: *R v Chairman, County of London Quarter Sessions, ex p Downes*, [1954], 1 QB, 1. Per considerazioni generali sul punto, v. R. PATTENDEN, *Abuse of Process in Criminal Litigation*, in *Journal of Criminal Law*, 1989, p. 341; IDEM, *The Power of the Courts to Stay a Criminal Prosecution*, in *Criminal Law Review*, 1985, p. 175; o, se si vuole, più ampiamente, IDEM, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, 1990, pp. 32 e ss.

<sup>75</sup> *Criminal Justice Act 1967*, Section 17.

, Per semplificare, possiamo dire che *acquittal* e *verdict of not guilty* sono assimilate dalla legge sul piano degli effetti conseguenti alla loro pronuncia: *ne bis in idem*. Con la seconda, l'arresto del procedimento condivide evidentemente un aspetto (se così possiamo dire) metodologico: in entrambi i casi, infatti, manca un vero e proprio accertamento nel merito della vicenda *sub iudice* che, invece, contraddistingue l'assoluzione (l'imputato è riconosciuto non colpevole a seguito di istruttoria e di valutazione sul fatto da parte della giuria).

Se è così, il reale tratto discrezionale fra l'ordine di non prosecuzione per abuso del processo e le due altre statuizioni non può che essere costituito da quello degli effetti consequenziali: solo all'assoluzione o al *verdict of not guilty* segue il divieto di doppio giudizio (operando per le medesime, quindi, la sopra richiamata *double jeopardy rule*).

Non per il primo invece: vi è qualcosa di simile, ma non eguale. Salvo che vi sia autorizzazione della corte, l'instaurazione di un secondo giudizio a carico della stessa persona per lo stesso fatto, già arrestato per essersi verificato un abuso del processo, costituirà parimenti un abuso del processo, con identità di conseguenze.

Tuttavia, non si può escludere anche in questo scenario un esito alternativo: che l'accusa non adduca alcuna prova a carico dell'imputato, con risultato: *no case to answer*. L'imputato, in questo caso, potrà beneficiare di un *verdict of not guilty*, con piena operatività del *ne bis in idem*<sup>76</sup>.

### **3. Giurisdizione ed esecutivo: la dottrina dell'abuso al "banco di prova" dell'interferenza fra poteri**

È inevitabile: la teorica dell'abuso del processo involge il problema dei rapporti fra la giurisdizione e la magistratura requirente. Per meglio dire: nei predetti termini, si potrebbe affrontare il problema con la "lente" del diritto italiano; nel sistema anglosassone, dovremmo più correttamente parlare di: rapporti fra la giurisdizione ed il potere esecutivo<sup>77</sup>.

Qui, chiaramente, l'interferenza che si ricrea a seguito dell'applicazione della disciplina dell'abuso assume dimensioni e pregnanza nettamente maggiori: non a torto, infatti, si è evidenziato come tale dottrina si risolva nel mettere in discussione la stessa *discretion* insita nell'esercizio del potere esecutivo<sup>78</sup>. In qualche modo, lo si diceva già prima: l'*abuse of process discretion* è la necessaria risposta alle distorsioni della *prosecutorial discretion*. Il legame o,

---

<sup>76</sup> In questo senso, si veda a titolo di esempio *R v Thompson*, [2006], EWCA Crim 2849, [2007], 1 WLR 1123, 33. In dottrina, R. PATTENDEN, *Abuse of Process in Criminal Litigation*, cit., p. 353; da ultimo, A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 9.

<sup>77</sup> A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 9.

<sup>78</sup> In questo senso, vanno richiamate le osservazioni di *Viscount Dilhorne*, in *DPP v Humphrys*, [1977], AC 1.

detto altrimenti, l'interferenza fra le medesime è un aspetto congenito alla complessiva ricostruzione.

All'atto pratico, la paralizzazione di un procedimento penale sul presupposto della condotta sleale (o, in ogni caso, gravemente negligente) del *prosecutor*, si sostanzia (sia consentita l'espressione) in un'invasione di campo: invero, se la scelta inerente all'esercizio dell'azione appartiene all'esecutivo (*Crown Prosecution Service*), l'ordine di bloccare la progressione si ingerisce direttamente nella stessa opportunità dell'atto di impulso (tradotto: giudizio di inopportunità della prosecuzione).

A voler svolgere una riflessione di maggior rigore teorico, nell'ordinamento anglo-gallese, l'impostazione dell'abuso del processo costituirebbe a prima lettura un'evidente distonia con l'*adversary trial*: è principio acquisito che, a seguito dell'esercizio dell'azione penale, i rapporti fra giudicante ed accusa sono confinati a quanto accade all'interno dell'aula<sup>79</sup>; sicché, perderebbe rilevanza, sempre sul piano generale, quanto materialmente verificatosi in precedenza o all'esterno (tra cui, evidentemente, anche quegli eventi che di fatto creerebbero le condizioni di un abuso del processo e, quindi, dell'applicazione della relativa sanzione). La logica sottesa è cristallina, specie per il giurista abituato a confrontarsi con il principio di separazione delle fasi: il dibattimento (*trial*) è terreno impermeabile a quanto occorso *extra moenia*, venendo in gioco lo stato di neutralità mentale del giudicante (della giuria).

Di tal guisa, vanno distinte le condotte scorrette del *prosecutor* (*prosecutorial misconducts*) a seconda del momento procedimentale nel quale si collocano: ove poste in essere in aula, il giudice ha pieno potere di intervento (in generale, la disciplina in commento si ricava dal *Police and Criminal Evidences Act* del 1984), riportando l'agone dialettico nel solco della correttezza<sup>80</sup>; diverso discorso varrebbe con riguardo a quanto posto in essere nelle fasi antecedenti al giudizio: dal punto di vista degli assiomi di sistema, non dovrebbe nemmeno essere conosciuto dal giudice di merito, a pena di un ingresso del giudice nel terreno delle indagini.

Analogamente, il discorso in oggetto può essere fatto con riferimento alla polizia.

La tradizionale impostazione anglo-gallese prevedeva la responsabilità di detto organo sia in ordine alle indagini che all'esercizio dell'azione; il *Prosecution of Offences Act* del 1985 ha mutato sensibilmente lo scenario: veniva istituito il *Crown Prosecution Service*, corpo di funzionari statali avente la responsabilità della conduzione del procedimento penale a seguito della decisione della polizia di darvi inizio (in sostanza, a quest'ultima residua la

---

<sup>79</sup> *Collier v Hicks*, [1831], 2 B & Ad 663, 668, 670, 672.

<sup>80</sup> La casistica inerente all'esercizio ed ai confini dei poteri della corte nelle aule penali è vasta, basti qui il richiamo a: *R v Kalia*, [1974], 60 Cr App R 200, 211; *R v Maynard*, [1979], 69 Cr App R 309, 317-8; *R v Olivia*, [1965], 49 Cr App R 298; *R v Tregear*, [1967], 2 QB 574; *R v Roberts*, [1985], 80 Cr App R 89.

scelta iniziale di instaurare un procedimento penale a carico di taluno, venendo diversamente attribuito al funzionario dello Stato il potere sia di condurre le successive indagini, che di esercizio dell'azione penale). A ben vedere, se è indubbio che la normativa richiamata ha modificato visibilmente i rapporti fra polizia e *prosecutor*, non si può nemmeno dire che, in ragione dei “nuovi” assetti introdotti, l'operato della polizia sia sottratto al sindacato della corte in tema di abuso, intuendosi il rischio che la scelta relativa all'instaurazione di un procedimento penale sia dettata da motivi che eccedono i fini della giustizia o, per intenderci, oltremodo vessatoria. Siamo d'accordo, si prevedono strumenti diretti a porre un argine ad abusi di questo tipo: il *Director of Public Prosecutions*, infatti, può ordinare in qualunque momento della fase preliminare (*preliminary stages*) l'interruzione del procedimento penale<sup>81</sup>, qualora ravvisi motivi di inopportunità della prosecuzione dell'*iter*; tuttavia, non pare che tale meccanismo sia in grado di eliminare alla radice ogni potenziale profilo di responsabilità in capo alla polizia in ipotesi di *abuse of process*<sup>82</sup>.

Tornando al nucleo centrale della riflessione, possiamo porci un'essenziale domanda: se – come pare di capire – l'accertamento di un abuso del processo da parte del giudice non può prescindere dalla conoscenza di quanto verificatosi prima del processo o, comunque, all'esterno, siamo di fronte ad una dottrina in contrasto con uno degli assiomi fondamentali del processo accusatorio?

Al di là di ogni possibile congettura o tentativo di composizione del potenziale conflitto di poteri, la risposta più appropriata sembrerebbe positiva. Ma d'altra parte: può il giudice fare totale affidamento sull'esecutivo, escludendo per ciò stesso che il processo non sia mai oggetto di abuso da parte del primo?

Le riflessioni appena svolte permettono, seppur brevemente, di effettuare qualche considerazione con riferimento all'ordinamento italiano.

Qui, siamo al di fuori della dialettica giurisdizione-esecutivo. Ma un'ipotetica impostazione per la quale il giudice interrompa il corso del processo penale a causa di un abuso del pubblico ministero, costituirebbe un'indebita invasione della riserva stabilita dall'art. 112 Cost.?

La risposta più immediata sarebbe positiva, in considerazione dell'obbligo ivi sancito.

«Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

---

<sup>81</sup> *Prosecution of Offences Act* (1985), Section 23.

<sup>82</sup> In materia di novità introdotte dal *Prosecution of Offences Act* (1985), v. F. BENNION, *The New Prosecutorial Arrangements: (1) The Crown Prosecution Service*, 1986, in *Criminal Law Review*, p. 3; K.W. LIDSTONE, *The Reform Prosecution process in England: A Radical Reform?*, 1987, in *Criminal Law Journal*, p. 296.

Simile dovere, imposto dal dettato costituzionale, sottrarrebbe in via di principio l'azione a qualsiasi "sindacato dei fini" (fosse anche giudiziale), assumendo – lo si è detto nel capitolo precedente – la funzione di assicurare l'indipendenza esterna della magistratura requirente.

Esiste forse, però, una diversa chiave di lettura. L'obbligo sancito dall'art. 112 Cost. attiene precipuamente all'esercizio dell'azione: la riserva sancita, quindi, si concretizza nell'attribuzione esclusiva al pubblico ministero della titolarità dell'atto di impulso il quale, una volta che sia stato posto in essere, radica irreversibilmente il controllo della giurisdizione; sicché – non sembra del tutto irrazionale osservare – un'eventuale collocazione (si ipotizzi: *de iure condendo*) in capo al giudice del potere di arrestare il processo penale iniziato, sulla base di un abuso che renda (diciamo così al momento) iniquo il procedersi oltre, non andrebbe propriamente a confliggere con l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale giacché, ad ogni buon conto, essa è stata già esercitata. Diverso discorso varrebbe in ipotesi di sindacato preventivo: un eventuale meccanismo di controllo *ex ante* in ordine all'opportunità dell'atto di esercizio confliggerebbe senz'altro con l'art. 112 Cost., andando incontro ad una sorte preannunciata (declaratoria di illegittimità). Anzi, probabilmente, proprio l'esistenza dell'obbligo ivi sancito se, da una parte, esclude qualsiasi invasione "dall'esterno" relativamente all'atto di impulso, dall'altra, renderebbe maggiormente necessitato il controllo giudiziale *ex post* che, lungi dall'aggredire la riserva costituzionale, interverrebbe come garante della legalità penale e dei suoi fini.

### **3.2. Il concetto di *Judicial Discretion***

Sarà opportuna qualche puntualizzazione in punto di discrezionalità giudiziale (*judicial discretion*) che, come già messo in luce, costituisce un elemento-chiave tanto ai fini della comprensione quanto in un'ottica di inquadramento dell'essenza della dottrina anglosassone dell'abuso processuale. Invero, una (per così chiamarla) *actio finium regundorum* della discrezionalità del giudice nel sistema anglo-gallese dovrebbe servire a ricreare un compromesso fra le istanze di ragionevolezza (ovvero, come si vedrà a breve, di "individualizzazione" pratica della regola astratta) e quelle di contenimento del potere autoritativo.

Ridotta la questione ai minimi termini, si tratta di differenziare la *discretion* da quella che è il suo antipodo concettuale: la *rule of law*.

In generale, se tale ultima espressione identificherebbe una regola – scritta o meno – dal contenuto prescrittivo rigido (dove al concretizzarsi degli elementi della fattispecie seguirebbe un effetto esattamente predeterminato), il primo lemma rimanderebbe diversamente alla possibilità per il giudice di orientarsi nel caso singolo nella scelta della soluzione concreta, attraverso un margine di manovra (più o meno ampio) dettato a monte dalla legge.

Non può essere questa la sede per discettare sulle ragioni filosofiche sottese all'adozione di moduli operativi contrassegnati dalla discrezionalità, od ancora sull'estensione che alla medesima sarebbe opportuno riconoscere nell'ambito della funzione giurisdizionale<sup>83</sup>. Ma certo è un punto: che un seppur minimo coefficiente di discrezionalità è necessario nell'attività giudiziale; se, difatti, la rigidità della regola astratta (*rule of law*) garantirebbe al meglio sia la certezza del diritto, non fornendo (idealmente) margine alcuno nell'adozione delle soluzioni praticabili nel caso singolo, sia la prevedibilità degli effetti che si attendono dal concretizzarsi di un comportamento descritto dalla fattispecie, dall'altra:

*«rules without discretion cannot fully take into account the need for tailoring results to unique facts and circumstances of particular cases. The justification for discretion is the need for individualized justice»<sup>84</sup>.*

Messa dunque da parte la funzione precipua della discrezionalità giudiziale, occorre soffermarsi sul modo di individuarne l'essenza.

In altri termini: cosa si intende per *judicial discretion*?

Le impostazioni sostanzialmente maturate sul punto sono due.

Alla stregua della prima, la discrezionalità giudiziale sarebbe un potere decisorio totalmente svincolato dalla legge (*totally unfettered power*). Altrimenti scorrendo: se la legge, in una data situazione, imponesse il comportamento A, il giudice potrebbe discostarsi dalla prescrizione legale non soltanto non dando seguito al comando legale, ma financo elaborando autonomamente una diversa soluzione (B)<sup>85</sup>.

L'impostazione in parola suonerebbe in modo suggestivo, ma non convince: esalta notevolmente il momento (per dir così) creativo della regola da parte del giudice; nondimeno, mal si attaglia alla teorica dell'abuso del processo. Come si vedrà meglio nei paragrafi seguenti, la complessiva edificazione della stessa si regge su valori rigidi, tendenzialmente incomprimibili (v. *infra*: in punto di *principle of legitimacy* e *fairness*) e, pertanto, insuscettibili di deroga o di bilanciamento con interessi di segno avverso. Volendo esemplificare, l'adozione di tale impostazione potrebbe comportare un'evenienza di tal fatta: vi è abuso quando il processo è iniquo (*unfair trial*); tuttavia, se la regola a monte configurata dall'*abuse of process doctrine* imporrebbe in questo caso

---

<sup>83</sup> Per considerazioni generali in tema di esercizio della discrezionalità giudiziale, vedi ampiamente: A.M. GLEESON, *Individualised Justice – The Holy Grail*, in *Australian Law Journal*, 1995, p. 421; C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: A Lawyer's View*, in K. HAWKINS (ed.), *The Uses of Discretion*, 1992; C.R. SUNSTEIN, *Problems with Rules*, in *California Law Review*, 1995, p. 953.

<sup>84</sup> K.C. DAVIS, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, 1971, p. 17.

<sup>85</sup> In questi esatti termini, A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 156.

l'arresto del procedimento, il giudice potrebbe anche scientemente discostarsene.

Meglio pertanto la seconda: la discrezionalità è la capacità attribuita al giudicante di muoversi all'interno di un margine operativo o di apprezzamento, predisposto dalla legge (*open-texturedness*) al fine di "individualizzare" il contenuto astratto di una regola nel caso singolo (senza però, come avverrebbe invece nell'ambito della prima impostazione, che ciò comporti la libertà per il giudice di scegliere se applicarne o meno il precetto di fondo).

Per chiarire:

*«A discretion necessarily involves a latitude of individual choice according to the particular circumstances, and differs from a case where the decision follows ex debito iustitiae once facts are ascertained»<sup>86</sup>.*

Argomentazioni quindi (forse, ma così proprio sembrerebbe) sufficienti per anticipare una considerazione che tornerà certamente utile nel prosieguo, nel momento in cui ci si addenterà nell'analisi della dottrina in oggetto: se, come si è già anticipato, la *judicial discretion* (secondo la configurazione sopra illustrata) costituisce un aspetto fisiologico alla teorica dell'abuso, quest'ultima dovrà logicamente essere concepita nella duplice dimensione di potere-dovere del giudiziale. Con maggior chiarezza: il giudice ha ampi margini di manovra nella ricostruzione delle situazioni che legittimano l'adozione dei rimedi stabiliti dalla dottrina in commento; la diagnosi di tali situazioni "sintomatiche", però, ove dia esito positivo, esita in un obbligo: l'applicazione della sanzione (arresto del procedimento).

#### **4. Gli elementi qualificanti della dottrina**

Si tratta adesso di individuare per sommi capi le ipotesi di applicazione della dottrina dell'abuso processuale; per meglio dire: i "poli" operativi della teorica. In sostanza: in quali casi si può dire, in generale, che sia avvenuto un abuso del processo? Il che, a conti fatti, equivarrebbe a stabilire l'elemento qualificante ai fini della diagnosi giudiziale.

La giurisprudenza anglosassone si è assestata su una duplice caratterizzazione delle condotte abusive:

*«The jurisdiction to stay can be exercised in many different circumstances. Nevertheless two main strands can be detected in the authorities:*

---

<sup>86</sup> *Evans v Bartlam*, [1937], AC 473, 489 per Lord Wright. Nello stesso senso, v. in dottrina R. PATTENDEN, *The Judge, Discretion, and the Criminal Trial*, 1982, p. 4; Y.M. MORISSETTE, *The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do*, in *McGill Law Journal*, 1984, p. 553.

- a. *Cases where the court concludes that the defendant cannot receive a fair trial;*
- b. *Cases where the court concludes that it would be unfair for the defendant to be tried.*

*In some cases of course the two categories may overlap»<sup>87</sup>.*

I parametri di riferimento sono pertanto due.

Nella prima ipotesi, il processo è “falsato” *ab origine*: contrario all’equità (*fairness*), dunque l’imputato non è nelle condizioni di esercitare una piena ed adeguata difesa (si discuterà nel paragrafo successivo del concetto di *fairness*).

Nella seconda, pur non essendo in discussione l’equità del processo e, dunque, la capacità dell’imputato di elaborare un’efficace linea di azione, sarebbe iniquo protrarre l’esercizio della pretesa punitiva, in quanto contrario all’integrità morale del sistema (*moral integrity of justice*).

La dottrina in oggetto costituisce il crocevia di due parametri di diversa natura. Attorno al primo polo operativo, ruota l’idea del rischio di una condanna ingiusta: siamo di fronte, pertanto, ad una direttrice di politica intrinseca del sistema (*intrinsic policy*), tesa a proteggere più che il corretto funzionamento della macchina giudiziaria, quello di evitare la condanna di un innocente; sul secondo, diversamente, si addensa l’immagine dell’integrità etica del sistema di giustizia (*extrinsic policy*): pur non essendovi il rischio di giungere alla condanna di un soggetto non colpevole, l’interesse alla punizione degli autori di reati degrada a tal punto che può dirsi insussistente quello (correlato) alla continuazione dell’*iter* procedurale.

Certamente, la seconda area di operatività è quella più difficilmente maneggiabile dal giurista italiano: comporta per il giudice, in sede di accertamento di una condotta abusiva da parte del *prosecutor*, l’adozione di parametri di riferimento metagiuridici. Potremmo tentare di così riassumerla:

*«In these cases the question is not so much whether the defendant can be fairly tried, but rather whether for some reason connected with the prosecutors’ conduct it would be unfair to him if the court were to permit them to proceed at all. The court’s inquiry is directed more to the prosecutors’ behaviour than to the fairness of any eventual trial [...] If it is satisfied that it would not be fair to allow the proceedings to continue, the court does not then concern itself with the possibility that any ensuing trial might still be a fair one, because it will have formed the prior view that it would not be fair to the defendant if it were to take place at all»<sup>88</sup>.*

---

<sup>87</sup> *R v Beckford*, [1996], 1 Cr App R 94, 100-1.

<sup>88</sup> *R (Ebrahim) v Feltham Magistrates’ Court*, [2001], EWHC Admin 130, [2001], 1 WLR 1293, 20.

In sostanza, più che incentrarsi su una valutazione di carattere oggettivo (se un processo equo sia possibile), la valutazione giudiziale verterebbe sul coefficiente soggettivo della colpa (o malafede) dell'accusa. Come si arguisce, in quest'ultimo caso le esigenze di salvaguardia delle garanzie processuali e quelle di "moralizzazione" del sistema si compenetrano.

### **5. Categorie a confronto: *Principle of Legitimacy* e *Fairness*. Polisemia della *fairness*: fra esigenze di sistema, di moralità e di garanzie soggettive**

Avevamo anticipato la domanda che fonderà l'oggetto del presente paragrafo: cosa si deve intendere per *fairness* del processo penale?

Una semplice trasposizione semantica porrebbe già in luce la problematicità della nozione: un'accezione puramente letterale ci fornirebbe il termine "correttezza, lealtà"; ma non è l'unica: sotto il profilo tecnico-giuridico, corrisponderebbe ad "equità". Il che, ad ogni buon conto, significherebbe molto: se la prima accezione, infatti, evoca uno scenario dialettico imperniato sull'obbligo di lealtà delle parti, la seconda punta dritto non soltanto all'esigenza di rispetto delle "regole del gioco", ma anche a quella di salvaguardia delle garanzie fondamentali dell'imputato nel procedimento penale. In sostanza, la polisemia del lemma rende contezza della matrice etica di un principio che, successivamente, viene ad inquadrarsi all'interno di una cornice tecnica.

Si intuisce quindi anche un altro dato: il concetto di *fairness* pone il giurista domestico di fronte alle stesse difficoltà che in generale riscontrerebbe dinanzi alla dottrina dell'abuso di *common law*: oltre al *deficit* di legalità a monte, si assiste al fondersi di istanze "moralizzatrici" del sistema-giustizia e di tutela del diritto di difesa, con le inevitabili conseguenze in termini di problematicità di inquadramento.

Ad ogni modo, per tentare di chiarire il contenuto del concetto in analisi, si può muovere dal richiamo di un altro principio fondamentale nell'ambito della teorica anti-abuso.

Nel sistema anglosassone, il *principle of legitimacy* rappresenta il fondamento primo tanto dello *ius dicere*, quanto dello stesso sistema di giustizia penale; alla base, vi è l'idea che la giurisdizione tragga legittimazione dal dovere di proteggere due interessi essenziali: la tutela dell'innocente da condanne ingiuste e la salvaguardia dell'integrità morale del sistema<sup>89</sup>.

Volendo semplificare al massimo, con il primo degli interessi menzionati, ci si richiama alla necessità di porre l'accusato in condizioni di partenza nelle quali le probabilità di giungere ad una pronuncia di non colpevolezza equivalgano a quelle di una condanna. Insomma, è instillata nel sistema

---

<sup>89</sup> A.A.S. ZUCKERMAN, *Illegally-Obtained-Evidence – Discretion as a Guardian of Legitimacy*, 1987, *Current Legal Problems*, p. 59.

un'idea generale di parità delle armi: impossibile che questa abbia luogo, se il processo penale parte con un'evidente sfasatura di piani fra accusa ed imputato, dove quest'ultima non sia di fatto in grado di predisporre un'adeguata difesa. Traspare limpidamente la natura di tale prima articolazione del *principle of legitimacy*: ha un contenuto volutamente ampio, concretizzandosi più in una direttrice operativa che in un comando tecnico esattamente predeterminato: esprime l'esigenza, tanto da un punto di vista normativo che strettamente pratico, di garantire in partenza probabilità dell'esito del processo equipollenti, sicché – sempre su un piano di principio – qualsivoglia condotta di parte tesa a minare questo ideale equilibrio va censurata.

Diverso contenuto ha la seconda: essa riconnette il fondamento del pubblico potere (in questo caso: giurisdizione e repressione dei reati) all'affidamento collettivo che sulla giustizia stessa viene riposto (*public confidence*). In altri termini, non può essere in alcun modo avallata l'idea di un sistema di giustizia totalmente sciolto da un controllo "etico" della collettività: reprimere i reati è certamente interesse apicale; tuttavia, non è possibile prescindere dall'esigenza del *fair play* processuale: ciò implica a sua volta che l'accusa si attenga alla buona fede (a voler richiamare l'art. 88 c.p.c.: dovere di lealtà e di probità delle parti), costituendo questa un vero e proprio contro-limite all'esercizio del potere punitivo: ove superato, si getterebbe inevitabilmente discredito sulla giurisdizione e sulla giustizia.

Il corollario di quanto appena illustrato è così riassumibile.

Fra il principio in parola e la dottrina dell'abuso, con specifico riguardo ai due delineati "poli" di operatività (*unfair trial/unfair to try*), corre uno stretto legame, che si sintetizzerebbe nell'identità della base di operatività.

Nel solco della prima articolazione del *principle of legitimacy*, si racchiude un contenuto che è evidentemente corrispondente a quello della *fairness*: ridotta la questione ai minimi termini, garantire condizioni iniziali della procedura tali per cui le probabilità di condanna corrispondono a quelle di assoluzione altro non significa se non scongiurare il pericolo di una condanna ingiusta, *id est*: condanna di un innocente. Al contempo, se il processo è iniquo, si ha un difetto di legittimazione dello *iusdicere*; qualora ciò sia ricollegabile ad una condotta posta in essere dalla parte pubblica, esso non può continuare; similmente, fosse anche possibile un processo equo, la condotta del magistrato potrebbe essere contraria in radice alla correttezza: la protrazione della pretesa punitiva è moralmente ingiustificabile.

Ad un livello pratico, tutto ciò si traduce in una determinata operazione tecnica, a cui il giudice inglese è chiamato qualora valuti l'opportunità di paralizzare il corso del procedimento in ragione di un abuso del processo. In particolare, egli dovrà verificare la sussistenza di precise condizioni: a) la tutela del non colpevole da ingiuste condanne; quando la prima valutazione dà esito positivo, b) che persista l'interesse alla repressione dei colpevoli e,

specularmente, che c) tale interessi non entri in conflitto con l'integrità morale del sistema.

Tirando le somme: l'applicazione dell'*abuse of process doctrine* sarà possibile se ed in quanto, alternativamente, vi sia concreto pericolo che un imputato innocente venga condannato o che la protrazione della procedura costituisca un oltraggio all'immagine etica della giustizia (più concretamente, alla fiducia collettiva – *public confidence* – nei confronti della stessa)<sup>90</sup>.

Sulla base delle considerazioni svolte, si arriverebbe dunque ad una conclusione.

Intercorrendo un intimo nesso fra il *principle of legitimacy* e la teorica dell'abuso del processo (costituendo, anzi, quest'ultimo una sorta di "emanazione" pratica del primo), si può giungere alla delineazione del contenuto dell'equità processuale (*fairness*): alla resa dei conti, essa rappresenterebbe il luogo di mediazione fra una proiezione teleologica del processo penale (data nel sistema anglo-sassone, come visto, dalla repressione dei reati), e quella del rispetto delle garanzie difensive che, in ultimo, si incarna nella protezione degli innocenti da condanne ingiuste.

Coerentemente con tali premesse, si è affermata la connaturale absolutezza della regola in commento. Essa è rigida, inidonea a fondare un giudizio di bilanciamento con contrapposti valori<sup>91</sup>:

«*Trial fairness is an absolute right in that nothing less than fairness to the accused is acceptable*»<sup>92</sup>.

Tanto varrebbe, ulteriormente, a sottrarla a qualsiasi forma di *balancing test*: essa sfuggirebbe a compressioni di sorta per effetto di eventuali "contrappesi" valoriali<sup>93</sup>. Sarebbe operazione tanto illogica quanto giuridicamente insostenibile in un sistema così congegnato: negare la *fairness* equivale a negare i fondamenti della giurisdizione penale.

---

<sup>90</sup> A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., pp. 16-17.

<sup>91</sup> *R v Griffin*, [2001], 3 NZLR 577, (2001) 19 CRNZ 47 (CA), per Richardson P, Blanchard and Tipping JJ at para 40; *R v Forbes*, [2001], 1 AC 473, [2001] 2 WLR 1 (HL); *Brown v Stott*, [2003], 1 AC 681 [2001] 2 WLR 817 (PC); *Randall v R*, [2002], 1 WLR 2237 (PC) [2002] UKPC 19 at para 28; *Montgomery v HM Advocate*, [2003], 1 AC 641, [2001] 2 WLR 779 (PC).

<sup>92</sup> D. MATHIAS, *The Duty to Prevent an Abuse of Process by Staying Criminal Proceedings*, Robertson ed., 2004, p. 6.

<sup>93</sup> *R v Narayan*, par Glazebrook J, HC Auckland T 2902: "...the balancing of probative value and prejudicial effect ... is at the heart of the discretion to admit or exclude evidence".

## 6. Tra arresto del procedimento e soluzioni “intermedie”: criteri di scelta del rimedio estremo

Come si è detto, l’arresto del procedimento per causa di un abuso processuale costituisce il rimedio di ultima istanza. Non è opportuno indulgiare sulle ragioni dell’eccezionalità: esigenze legate all’effettività della giurisdizione penale ed alla repressione dei reati conducono immediatamente verso tale conclusione.

La vera domanda è un’altra: quali sono le soluzioni “intermedie” e, dunque, quando si può dire che le medesime non forniscono una protezione adeguata, rendendo opportuno il ricorso alla sanzione “estrema”?

L’approccio (più volte posto in evidenza) “casistico” alla materia trattata osta anche qui all’elaborazione di una regola generale. Allo stesso modo in cui non è possibile dare una definizione esatta dell’abuso, lasciando che la prassi ne concretizzi di volta in volta contenuto e modalità operative<sup>94</sup>, così non è concepibile una preconizzazione in astratto delle situazioni in cui si imponga il *remedy of last resort*<sup>95</sup>. D’altronde, il ragionamento non si lega esclusivamente al fisiologico pragmatismo dell’abuso del processo, ma anche a considerazioni strettamente tecniche, connesse alla mutevolezza nel tempo del concetto di *fairness*: concretizzandosi in un (implicito) rinvio alle regole operative che governano lo svolgimento del processo, è chiaro che la modulazione operativa (ed il correlato eventuale pregiudizio) della stessa risenta delle vicende normative od ermeneutiche che direttamente o meno la interessino.

Ciononostante, si può tentare una ricostruzione di massima per i quali si è ritenuta nei pregressi casi giurisprudenziali l’esigenza dell’impiego dell’arresto del procedimento. Dopotutto, anche in una materia fortemente dominata da oscillazioni interpretative e pragmatiche come quella in oggetto, una linea direttrice è presente: il pregiudizio derivante all’imputato dall’abuso. Alla resa dei conti, è questo, ad un tempo, l’elemento sintomatico (della condotta processuale scorretta) ed il criterio-guida verso l’opportunità dell’intervento “terapeutico” della giurisdizione<sup>96</sup>.

Si rintraccia un ulteriore filo conduttore: le soluzioni alternative all’arresto del processo penale si risolvono in interventi giudiziali sul versante dell’ammissione o dell’esclusione della prova. In sostanza, se – come posto sopra in luce – l’interesse sommamente presidiato dalla dottrina in commento è costituito dalla *fairness* (nella sua duplice articolazione di regola operativa tecnica ed al contempo “etica”), si intuisce subito che il terreno più sensibile ai comportamenti abusivi di parte, capaci di compromettere (se così vogliamo dire) la genuinità della dialettica processuale e, dunque, la sostanziale correttezza e della parità delle armi nel giudizio, è quello probatorio.

---

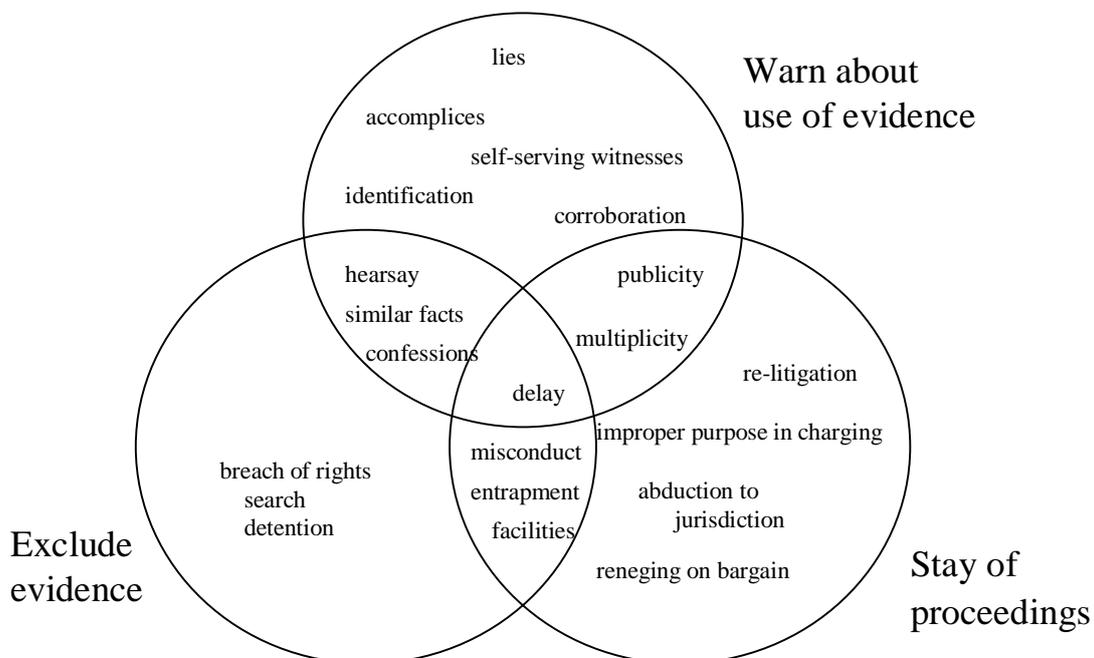
<sup>94</sup> *Watson v Clarke*, [1990], 1 NZLR 715, (1988) 3 CRNZ 67, par Robertson J.

<sup>95</sup> A. PACIOCCO, *The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept*, 1991, *Criminal Law Journal*, 15, p. 315.

<sup>96</sup> D. MATHIAS, *The Duty to Prevent an Abuse of Process by Staying Criminal Proceedings*, cit., p. 1.

Senza troppo addentrarsi in un ambito complesso, possiamo comunque dire che anche nel sistema anglosassone il “trattamento” giudiziale della prova segue una diversificazione di regole per l’ammissione (e l’acquisizione) della prova e per la valutazione finale. La conseguenza è presto detta. I rimedi alternativi alla sanzione di massimo rigore si riconducono: alla possibile esclusione della prova “contaminata” (*exclusion of tainted evidence*); ad un invito alla cautela formulato dal giudice alla giuria (*judicial warning*), nel senso di ponderare attentamente il peso da attribuire ad una prova in particolare od il significato specifico da assegnare alla medesima.

Una possibile rappresentazione grafica (puramente esemplificativa e non esaustiva) delle interrelazioni correnti fra i rimedi all’*abuse of process* la si può dare nel modo seguente (dove le aree di sovrapposizione identificano quei casi in cui si impone la selezione concreta del rimedio adeguato al caso di specie)<sup>97</sup>:



Procediamo con ordine.

In quali casi si può dire che l’esclusione di una prova sia soluzione più appropriata rispetto all’arresto del procedimento (o viceversa)?

Come noto, in coerenza con i principi-cardine dell’*adversarial trial* dell’ordinamento anglo-gallese, la regola portante riguardo ai poteri di

<sup>97</sup> In questi termini esatti, in ottica di esemplificazione dei casi di abuso processuale e dei rimedi consequenziali, v. D. MATHIAS, *The Duty to Prevent an Abuse of Process by Staying Criminal Proceedings*, cit., p. 2. Ancora, per un’impostazione nel senso di cui all’illustrazione grafica, v. i casi: *R v Grace*, [1989], 1 NZLR 197; *R v Sutton*, [1988], 4 CRNZ 98 (CA); *Mohammed v The State*, [1999], 2 AC 111, 123 (PC); *R v Buhay*, [2003], 225 DLR (4th) 624, 2003 SCC 30.

intervento del giudice sulle prove (richieste e/o prodotte dalle parti) si riassume nel generale divieto per il giudice di indagine sul metodo e sulle modalità operative adottati dalle parti per l'ottenimento od il reperimento della prova in sede di indagini (*lawfully evidence obtained*)<sup>98</sup>, salvo che in circostanze eccezionali, la gravità della condotta posta in essere dalla parte pubblica, finalizzata all'ottenimento della prova, ne imponga l'esclusione dal terreno dibattimentale<sup>99</sup>.

Orbene, è chiaro che anche qui siamo di fronte ad una soluzione di elevato rigore; difficile dire quali siano i casi in cui si giustifichi il ricorso all'una piuttosto che all'altra soluzione, mostrando le declinazioni ermeneutiche emerse nelle aule giudiziali un'ampia oscillazione fra la scelta di proseguire con un processo viziato da una condotta scorretta dell'accusa e di recuperarne la "ortodossia" mediante l'esclusione dell'elemento di prova viziato, od al contrario di porre fine definitivamente al suo corso<sup>100</sup>.

Come si intuisce, la questione ruota attorno all'interesse oggetto di aggressione. Con maggiore sforzo di chiarezza, possiamo dire che se è in gioco l'equità complessiva del processo, nessun giudizio di bilanciamento sarà possibile: lo si diceva prima, enucleando i connotati essenziali della *fairness*, sull'assolutezza e l'anelasticità delle stessa (per ciò stesso insuscettibile di piegarsi di fronte ad interessi antitetici). Diversamente, ove l'interesse contrapposto sia diverso, si dovrà tendere verso la soluzione di minor rigore. Il dubbio che residua, tuttavia, involge sempre i termini ed il grado di attendibilità della prognosi giudiziale: in altre parole, con quale grado di ragionevolezza si può dire che la semplice esclusione della prova preserverà l'imputato dal rischio di una condanna ingiusta e che, per ciò stesso, l'imparzialità della giuria sia sufficientemente tutelata?

Anche qui, manca una risposta certa. Troppe le alee e i fattori in grado di venire in gioco: per esemplificare, potrebbe giocare un ruolo decisivo il "peso" dimostrativo dell'elemento probatorio che si vorrebbe escludere dalla decisione finale; ancora, non poca rilevanza potrebbe avere la gravità del fatto-reato per cui si procede e, di conseguenza, l'impatto (in senso lato) emotivo che possa avere sull'animo dei giurati.

Differente è l'approccio al secondo problema. Come discernere i casi in cui si giustifichi l'arresto del processo da quelli in cui invece sia sufficiente un *judicial warning*.

---

<sup>98</sup> *R v Shaheed*, [2002], 2 NZLR 377, 2002 19 CRNZ 165 (CA); *R v Grayson and Taylor*, [1997], 1 NZLR 399; *R v Taylor*, [1996], 14 CRNZ 426 (CA).

<sup>99</sup> In materia di esclusione di prove illegalmente ottenute, v. *R v Dally*, [1990], 2 NZLR 184, 1990 5 CRNZ 687. In dottrina, v. D. MATHIAS, *Discretionary exclusion of evidence*, 1990, *New Zealand Law Journal*, p. 25.

<sup>100</sup> Paradigmatico è il caso dell'*entrapment* (di cui si parlerà nel prosieguo), dove il fatto-reato per cui si procede è stato determinato dalla condotta della polizia in sede di indagini. Si segnalano in materia i casi: *R v Looseley*, [2001], UKHL 53 (25 October 2001), 2001 4 All ER 897 (HL).

Si ripete opportunamente, l'invito rivolto dal giudice alla giuria può essere in un duplice alternativo senso: nel ricondurre un appropriato "peso" dimostrativo ad una prova (o, al contrario, nell'invito a non enfatizzarne eccessivamente la rilevanza); nell'assegnare alla prova il corretto "significato" o contenuto rappresentativo.

Si tratta di situazioni, peraltro, più problematiche: in casi di questo tipo, infatti, una prova è stata già ammessa ed acquisita (nel primo caso, invece, il giudice potrebbe anche bloccare l'ingresso della prova nel giudizio, negandone l'ammissione). Una prova, insomma, qui è già presente nel processo: acquisita, è già entrata nella sfera di conoscenza della giuria.

Non sarebbe in discussione qui, per lo meno in apparenza, la legalità della prova in sé, bensì il mero momento valutativo della medesima. In sostanza, è razionale ritenere che un semplice *caveat* alla giuria fornisca un adeguato presidio all'equità processuale? D'altronde, anche l'esclusione in radice del "frutto avvelenato" non eliderebbe i dubbi sull'imparzialità del giudice del fatto: negare l'utilizzazione di un dato probatorio ai fini della decisione non vuol dire certamente cancellarlo dalla memoria di chi ne abbia appreso il contenuto. Alla fine, è una questione di senso pratico: ciò che – così pare – bisogna sempre avere come punto di riferimento è il pericolo di condanna di un innocente; se, pertanto, anche l'esclusione della prova (e non il semplice invito formulato dal giudice alla giuria) non dovesse scongiurare il rischio in parola, l'arresto del procedimento sarebbe soluzione obbligata.

## **7. I casi "clinici" del sistema anglosassone**

Si impone a tal punto, benché in via del tutto riassuntiva, una breve illustrazione dei casi "sintomatici" di abuso del processo nel sistema anglo-gallese.

Il *caveat* in premessa è il solito: si tratta di esemplificazioni pratiche (oltre che concettuali), non potendosi escludere che la prassi accresca in futuro il numero dei casi, così come che una (per dir così) "condotta" processuale, consuetamente ricondotta alla fenomenologia dell'abuso, nel caso concreto poi non lo configuri (o viceversa, che manifestazioni empiriche tradizionalmente non ricondotte alla prassi abusiva successivamente lo divengano). Insomma, l'ancoraggio dell'accertamento giudiziale a parametri di segno sostanzialistico, quali la concreta possibilità per l'imputato di beneficiare di un processo equo o che nel caso specifico la continuazione dell'*iter* si risolve in un oltraggio all'integrità etica della giustizia, in uno con la fisiologica oscillatorietà del (già segnalato) *fact-finding approach*, involge in sé la rilevanza puramente illustrativa dell'analisi dei *leading cases* in materia.

Tale osservazione, al più, valga come indicazione metodologica per il prosieguo: si cercherà non soltanto di fare luce sui tratti "specializzanti" dei casi sintomatici, ma anche sul tipo di valutazione in concreto che il giudice è

chiamato a svolgere, provando altresì a chiarire con quali declinazioni peculiari i sopra richiamati parametri sostanzialistici si atteggino in seno alla situazione tipica.

### **7.1. Ritardo nell'esercizio dell'azione penale (*Delay*)**

È noto: in ogni moderno sistema di giustizia penale, l'eccessiva lunghezza delle procedure rappresenta un aspetto per certi versi endemico ed ineludibile<sup>101</sup>.

Non può certamente essere questa la sede per soffermarsi sulle ragioni alla base di tale inefficienza sistemica: non fosse altro perché le ragioni in oggetto sono di eterogenea natura, muovendo da problemi “fisiologici” o strutturali del processo in sé (sotto il profilo dell'apparato normativo a monte), per giungere a profili inerenti al carico di lavoro che affligge la macchina giudiziaria.

Una considerazione invece va subito effettuata: l'inquadramento (per usare un'espressione più consona alla terminologia giuridica domestica) all'interno dell'ordinamento anglosassone della ragionevole durata del processo penale nella cornice delle condizioni di equità del processo.

È una chiave di analisi, infatti, che va immediatamente posta in luce: in sostanza, all'interno del processo penale anglo-gallese, la pretesa dell'imputato al contenimento in tempi ragionevoli della celebrazione del rito risponde, in primo luogo, a quell'interesse assoluto ed incomprimibile che abbiamo visto essere la *fairness*. Avremo a breve l'opportunità di vederlo più nel dettaglio, ma è oggetto di immediata percezione che il ritardo nella celebrazione del processo si possa risolvere nel rischio di una condanna ingiusta: il decorso del tempo altera la capacità rievocativa dei fatti oggetto di causa, dunque un (per così chiamarlo) testimone-chiave per la difesa potrebbe, in conseguenza del lasso temporale trascorso, non essere in grado di far riaffiorare nitidamente dettagli che sarebbero essenziali ai fini della strategia difensiva, financo per un'assoluzione.

Ad ogni modo, va detto che il problema della dilatazione dei tempi procedurali è in grado di manifestarsi in una duplice direzione: ritardo nell'esercizio dell'azione penale (avendosi riguardo all'intervallo di tempo intercorrente fra l'inizio del procedimento e l'atto di impulso del processo); ritardo nello svolgimento del giudizio di merito (concernente l'eccessiva lunghezza del dibattimento in sé). Nel sistema di *common law*, rileva

---

<sup>101</sup> In questi esatti termini, D. YOUNG- M. SUMMERS QC - D. CORKER, *Abuse of Process in criminal proceedings*, Bloomsbury ed., 2014, pp. 2 e ss. In termini generali sul tema, v. D. BIRCH - C. TAYLOR, “*People Like Us?*”: *Responding to Allegations of Past Abuse in Care*, in *Criminal Law Review*, 2003, p. 823; P. LEWIS, *Too Late to Try?*, 2006, *New Law Journal*, p. 1458; A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., pp. 71 e ss.

unicamente – ai fini dell’applicazione della dottrina anti-abuso – la prima forma: per la logica ragione che, in quel caso, trattasi di lungaggine procedurale dovuta al *prosecutor* (o, che è lo stesso, alla polizia nell’esecuzione delle investigazioni).

In generale, la risposta al problema dell’eccessiva lunghezza delle procedure avviene nei moderni ordinamenti su due fronti: da una parte, attraverso l’imposizione di predeterminati limiti di durata delle fasi processuali; dall’altra, in funzione di chiusura del sistema ed al contempo per mitigare la rigidità propria dei termini di fase, l’elaborazione per via giurisprudenziale di regole discrezionali in tema di ragionevolezza della durata dei procedimenti. Non si può chiaramente dire in via aprioristica quale delle due impostazioni sia più efficiente: se, difatti, l’introduzione di termini rigidi permette di individuare (almeno in linea di principio) con sicurezza la soglia oltre la quale la durata del processo debba definirsi eccessiva, è pur vero che la lunghezza della procedura è (come si diceva) un problema endemico alla giustizia, sicché non si può nemmeno escludere logicamente che la celebrazione di un processo, entro i tempi massimi predeterminati dalla legge, non abbia comunque una durata eccessiva o, per meglio dire, implicante l’iniquità complessiva.

*«It is axiomatic that some delay is inevitable. The question is, at what point does the delay become unreasonable?»<sup>102</sup>.*

Nell’ordinamento anglosassone, uno sguardo d’insieme al terreno dell’*abuse jurisdiction* consente di desumere il chiaro favore mostrato per la seconda soluzione<sup>103</sup>.

La storia mostra nitidamente come la dottrina in parola sia “figlia” di elaborazioni giurisprudenziali, avvenute al di fuori delle griglie legali e la discrezionalità giudiziale che ne sta alla base permea intimamente le impostazioni emerse anche su questo specifico versante. Se vogliamo dirla in altri termini, è una questione di retaggio culturale: la discrezionalità del giudice costituisce sì strumento empirico, intrinsecamente oscillatorio; ma è anche “arnese” critico che, nel codice genetico culturale della *common law*, è posto a presidio dei diritti del singolo, assicurando di tal guisa un’efficace sintesi di garanzie individuali ed interessi collettivi.

Se così è, risulterà allora chiaro come mai nel sistema in commento il Parlamento non abbia mai introdotto una disciplina positiva in materia di scansioni temporali delle fasi del processo penale: in termini concreti, non esiste propriamente un diritto soggettivo dell’accusato, di matrice legislativa, al

---

<sup>102</sup> *R v Smith*, [1992], 2 SCR 1120, par Sopinka J.

<sup>103</sup> Così, D. YOUNG- M. SUMMERS QC - D. CORKER, *Abuse*, cit., p. 1.

contenimento dei tempi entro cui il *prosecutor* possa esercitare l'azione penale<sup>104</sup>.

A ciò, fanno stretta eccezione quelle disposizioni “di settore” date dal *Magistrates' Courts Act 1980*. Si tratta di previsioni di carattere speciale, inerenti alle c.d. *summary offences* (fatti-reato di attenuata gravità, in generale):

*«Except as otherwise expressly provided by enactment and subject to subsection (2) below, a magistrates' court shall not try an information or hear a complaint unless the information was laid, or the complaint made, within six months from the time when the offence was committed, or the matter of complaint arose» (Section 127).*

Per il resto, il quadro di disciplina in materia si concretizza, oltre che nelle pronunce giudiziali dirette a stabilire precisi riferimenti in tema di lunghezze procedurali, in quelli che potremmo definire come codici di condotta per gli operatori pratici.

Si fa specifico riferimento, in primo luogo, al *Code for Crown Prosecutors*, emanato dal *Director of Public Prosecutions* (sulla base di quanto imposto dal *Prosecution of Offences Act 1985*, s. 10): nel fornire un codice di linee-guida e di direttrici pratiche nell'esercizio dell'azione penale, si stabilisce che non si darà inizio ad un processo, qualora vi sia un considerevole lasso di tempo intercorrente fra la data di commissione del reato e quella del processo, a meno che: a) il fatto-reato sia grave; b) il ritardo sia stato causato, seppure in parte, dall'imputato; c) la notizia di reato sia solo di recente stata appresa dall'autorità; d) vi siano state lunghe indagini in ragione della complessità della vicenda.

In secondo luogo, va richiamato il noto *Attorney-General's Reference (No 1 of 1990)*. Autentica pietra angolare in tema di *delay*, va rintracciata la rilevanza di tale “precedente” nell'aver canonizzato gli essenziali parametri delimitanti la soglia oltre la quale il ritardo nello svolgimento della procedura si risolve in un intollerabile pregiudizio a carico dell'imputato.

Sinteticamente, si richiama il fatto: un ufficiale di polizia fu coinvolto in un incidente nell'agosto del 1987; il processo di merito instaurato a suo carico ebbe inizio soltanto nel marzo del 1989. Il giudice (della *Crown Court*) accolse l'istanza della difesa di bloccare la prosecuzione dell'*iter* sulla scorta del ritardo nell'esercizio dell'azione penale, integrante – sempre in tesi difensiva, condivisa dal giudicante – un abuso del processo.

---

<sup>104</sup>D. YOUNG - M. SUMMERS QC - D. CORKER, *Abuse*, cit., p. 10; A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., pp. 71 e ss. Esempio chiaro di tale direttrice ideologico-culturale è rintracciabile nell'introduzione del *War Crimes Act 1991*, diretto alla persecuzione dei crimini di guerra compiuti negli anni 1939-1945 (v. in materia, *R v Sawoniuk*, [2000], 2 Cr App R 220, CA)

Veniva dunque a porsi un problema: secondo la prospettiva dell'*Attorney-General*, un'interpretazione di tal guisa, che fondava l'opportunità del rimedio eccezionale dell'arresto del procedimento unicamente sulla base dell'oggettivo ritardo verificatosi nell'esercizio dell'azione, sarebbe stata eccessivamente rigida, in quanto non avrebbe tenuto in considerazione tanto l'elemento della "responsabilità" per la ridondante lunghezza della procedura, quanto il dato di fatto che (come detto all'inizio) il ritardo è problema fisiologico alla macchina giudiziaria e pertanto, in una certa misura, esso costituisce un "rischio sistemico accettabile".

Donde i quesiti posti dall'*Attorney-General*:

- se l'arresto del processo penale potesse essere ordinato dal giudice solamente sulla base dell'oggettivo ritardo nell'esercizio dell'azione penale e, dunque, indipendentemente dalla circostanza che lo stesso potesse essere conseguenza di una condotta colpevole del *prosecutor*;
- in caso di risposta affermativa, qual è il livello di gravità del pregiudizio in capo all'accusato in grado di giustificare il ricorso all'arresto del procedimento.

In effetti, né la difesa in sede di istanza di arresto del procedimento, né il giudice che lo aveva disposto presero in considerazione due elementi rilevanti: la responsabilità per il ritardo nell'esercizio dell'azione penale occorso; l'entità del pregiudizio che l'imputato avrebbe patito in conseguenza della lungaggine stessa e che, in caso di protrazione delle more processuali, avrebbe continuato a patire.

La risposta alla prima domanda fu affermativa.

L'arresto del processo è sì un rimedio di natura eccezionale, ma la circostanza che il ritardo nell'esercizio dell'azione non dipenda da un comportamento colpevole dell'accusa non sterilizza il pregiudizio che ne deriva. Piuttosto, va imposto un limite (per dir così) negativo all'operatività del rimedio in parola: esso non sarà esperibile ove si accerti che il ritardo verificatosi sia esclusivamente conseguenza della complessità del caso *sub iudice* o, in alternativa, qualora sia addebitabile alla difesa.

In ordine alla seconda, si affermò il valore determinante del pregiudizio che la difesa avrebbe a patire in ragione dell'eccessiva lunghezza della procedura. In sostanza, affinché operi la dottrina dell'abuso del processo, è necessario che derivi concreta compromissione dei diritti dell'imputato; l'entità del pregiudizio è la solita, assestandosi sul noto binomio della teorica: *unfair trial* – *unfair to try*. È in capo all'imputato l'onere della prova sul punto: sia in ordine alla elevata probabilità di non poter beneficiare di un processo equo in ragione del ritardo (o, in alternativa, della riprovevolezza etica del protrarsi del giudizio); sia riguardo alla gravità del danno che trarrebbe dalla prosecuzione dell'*iter*. In tal senso, sempre in considerazione dell'eccezionalità intrinseca del rimedio in parola, sarà sempre il giudice a dover valutare l'alternativa

percorribilità di soluzioni intermedie: la non ammissione di una prova, eventualmente “viziata” in ragione del ritardo occorso; l’indicazione di linee-guida alla giuria ai fini della valutazione del coacervo probatorio.

Vengono dunque fissati i seguenti parametri-chiave in materia di abuso del processo dovuto a ritardo:

1. **Coefficiente di pregiudizio minimo accettabile.** Il pregiudizio che rischia di subire la difesa deve essere grave. Con maggior chiarezza, vi deve essere il rischio di un processo iniquo (condanna ingiusta): il decorso del tempo altera sensibilmente il valore dimostrativo delle prove, rendendo più che concreto il pericolo di una condanna (diremmo noi) “non oltre il ragionevole dubbio”. Ma anche qualora un processo equo fosse possibile, vi potrebbe comunque essere l’esigenza di porvi fine: il tempo lenisce inevitabilmente le “scuciture” ricreate dal fatto-reato, conducendo financo all’oblio dello stesso nella coscienza collettiva, non giustificandosi più quindi, in tal caso, la persecuzione. Al di fuori di tale estrema regione, il ritardo va sopportato come “male” necessario.
2. **Impraticabilità di soluzioni intermedie.** Lo si diceva sopra. L’arresto definitivo del processo penale passa per una preliminare valutazione o, meglio, di prognosi circa la non proficua esperibilità di soluzioni intermedie (non ammissione di una prova, indicazioni di *caveat* alla giuria in sede decisione sul fatto).
3. **La “colpevolezza” del *prosecutor*.** Criterio-guida già posto in evidenza: l’addebito del ritardo all’accusa non costituisce *condicio sine qua non* per l’arresto del processo. Piuttosto, impone una peculiare cautela quando non emerge dagli elementi a disposizione alcuna condotta eziologicamente rilevante del *prosecutor*. Pertanto, l’elemento (per dir così) soggettivo dato dalla colpa (se non dal dolo) dell’accusa influisce su un diverso aspetto con riferimento all’accertamento del verificarsi di un abuso: il giudizio di rimproverabilità che alla prima può essere mosso in termini di causazione del ritardo e dell’iniquità procedurale che ne deriva.
4. **Cause di ritardo della procedura che non integrano abuso.** Si individuano alcune ipotesi di “fisiologica” lunghezza procedurale non rientranti nel paradigma della dottrina in analisi. L’oggettiva complessità del caso trattato è la più intuitiva: assimilabili ad essa, quindi, sono la difficoltà riscontrata nelle indagini dal requirente nel reperimento delle fonti di prova (si immagini il settore della criminalità economica, notoriamente implicante investigazioni molto complesse e lunghe). Allo stesso modo, non potrà configurare abuso il ritardo dovuto ad un comportamento della difesa.
5. **Prova documentale e prova orale.** Va opportunamente tracciata una linea di discriminazione fra processi prevalentemente fondati su prove documentali (si richiama nuovamente il caso dei reati in materia economica) e quelli invece basati sulla prova orale (si pensi ai reati sessuali). Come ben si comprende,

l'impostazione ermeneutica tradizionale tende a ricollegare l'opportunità di procedere all'arresto del procedimento a causa di abuso al secondo gruppo di ipotesi (attesa la "non usurabilità" per decorso del tempo di un contributo documentale<sup>105</sup>).

A voler riassumere:

*«Where delay jeopardises the fairness of a forthcoming trial or where, for any compelling reason, it is not fair to try an accused at all[,] the proceedings must be brought to an end»<sup>106</sup>.*

Le linee di indirizzo sopra riassunte hanno avuto larga influenza sulla prassi giudiziale a seguire, esitando nella fissazione di determinati punti operativi che, a ben guardare, configurerebbero una "proiezione" ed al contempo una conferma dei criteri a monte espressi nel *leading case* sopra analizzato<sup>107</sup>. Si è stabilito pertanto che:

- anche nell'ipotesi in cui la lunghezza dei tempi procedurali sia eccessiva e non trovi plausibile giustificazione in altre ragioni (quali l'oggettiva complessità del caso), la paralizzazione del procedimento va comunque confinata a casi eccezionali;
- la sanzione di massimo rigore non avrà luogo, ove non sia provato che l'imputato non potrà beneficiare di un processo equo o, in alternativa, che la protrazione della pretesa punitiva si risolva in un attentato all'integrità morale della giustizia;
- qualora sia dimostrata la sussistenza di un pregiudizio in capo all'imputato, il giudice dovrà previamente valutare se l'equità processuale non possa essere garantita attraverso rimedi più attenuati (espungendo una prova dal processo o, diversamente, istruendo la giuria sui criteri più idonei per la sua valutazione finale);
- solo quando ricorrono congiuntamente le condizioni sopra elencate, il processo penale andrà arrestato.

Giova a questo punto svolgere qualche considerazione conclusiva in materia di ritardo nell'esercizio dell'azione: in particolare, con riferimento al concreto rapporto fra il vizio procedurale in commento e i due "poli" operativi della dottrina sull'abuso (*unfair trial/not fair to try*).

Con riguardo al primo, occorre muovere dalla premessa per cui, nel sistema anglo-gallese, costituisce *ius receptum* la regola per cui l'esercizio dell'azione penale deve necessariamente accompagnarsi alla concessione all'imputato della concreta possibilità di svolgere un'adeguata difesa. Detto principio rende

---

<sup>105</sup> *R v Buzalek and Schiffer*, [1991], Crim LR 115, CA; *R v Central Criminal Court, ex p Randle and Pottle*, [1992], 1 All ER 370, CA.

<sup>106</sup> *Spiers v Ruddy*, [2007], UKPC D2, (2008) E WLR 608, par Lord Bingham of Cornhill.

<sup>107</sup> *R v S*, [2006], EWCA Crim 756, (2006), 2 Cr App R 23, p. 341.

confezione del pregiudizio intimamente connesso al ritardo nel processo. Come lucidamente compendioso in plurime pronunce, con il decorso del tempo, i ricordi tenderanno a svanire; meglio: ad una rievocazione dei fatti si sostituirà inevitabilmente una ricostruzione degli stessi che, per quanto frutto di razionale fattura, sarà comunque priva di quel nitore e di quella genuinità propri di un ricordo che riaffiora attraverso le parole di un teste<sup>108</sup>.

Chiaramente, i margini di incertezza in punto di iniquità processuale non solo radicalmente ineliminabili; per chiarire: la prognosi in punto di pregiudizio da ingiusta condanna non è effettuabile se non in termini probabilistici. In sintesi, si richiederebbe al giudice uno sguardo prospettico verso la ricostruzione del fatto che verrà operata dalla giuria al termine dell'acquisizione delle prove. Per tale ragione, in luogo di impossibilità effettiva di un processo equo (come per esigenze di semplificazione di sole dire), sarebbe più corretto parlare di "sostanziale rischio che l'imputato non benefici di un'adeguata possibilità di difendersi"<sup>109</sup>.

Detto rischio è comprensibilmente più elevato nei processi nei quali il costruito accusatorio si regge (esclusivamente o in modo determinante) sulle prove dichiarative<sup>110</sup>. E ciò è di massima riconosciuto anche in sede applicativa<sup>111</sup>: se, difatti, la prova preconstituita, una volta formata, rimane insensibile al decorso del tempo, al contrario questo produrrà un'alterazione fisiologica dei ricordi presenti nella psiche del teste.

Non è tuttavia da escludere l'ipotesi antitetica. Le situazioni potrebbero essere le più varie, ma si può esemplificare come segue: atteso che il decorso del tempo influisce anche sulla realtà fisica (si immagini le modificazioni inevitabili subite dallo stato dei luoghi in cui, per esempio, si è verificato il fatto-reato), un ingiustificabile ritardo – vuoi per inefficienza operativa dell'ufficio requirente o per altra ragione – potrebbe condurre ad un accertamento tecnico, successivamente riversato su una prova documentale, caratterizzato inevitabilmente da una precaria attendibilità.

Diverso ragionamento va invece fatto con riferimento al secondo "polo" operativo della dottrina sull'abuso del processo.

A causa del decorso del tempo, l'equità del processo potrebbe non essere in discussione; nondimeno, la lunghezza dei tempi procedurali renderebbe "moralmente deprecabile" la protrazione della pretesa punitiva.

In questo specifico senso, non si ha più un problema a livello di valutazione di probabilità di condanna ingiusta. Come è stato correttamente sottolineato, la

---

<sup>108</sup> *Cooke v Purcell*, [1988], 14 NSWLR 51, 87; *Gill v Walton*, [1991], 25 NSWLR 190; *Herron v McGregor*, [1986], 6 NSWLR 246, 254.

<sup>109</sup> In questi termini, v. A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 91. In giurisprudenza, v. *Doyle v Leroux*, [1981], RTR 438.

<sup>110</sup> A.L. SCHNEIDER, *The Right to a Speedy Trial*, 20 *Stanford Law Review*, 1968, p. 499.

<sup>111</sup> *R v Telford JJ*, [1991], 2 WLR 866, 876-7; ancora, *R v Buzalek and Schiffer*, [1991], Crim LR; *R v Norwich Crown Court, ex p Belsham*, [1992], 95 Cr App R 9, 16-17.

questione qui si impenna non sul pregiudizio “tecnico” che l’imputato trarrebbe (impossibilità di un’adeguata difesa), ma su quello etico, sociologico o psicologico<sup>112</sup>.

Si tratta, in sostanza, di un pregiudizio operante in due direzioni: sotto il profilo della pubblica immagine del prevenuto, sono ben note le (inevitabili) irradiazioni negative dello *strepitus fori*; sotto il profilo strettamente personale, è evidente lo stato di prostrazione psicologica che si ingenera nell’imputato, quando non addirittura la modifica radicale delle sue condizioni di vita (cambio di residenza, perdita del lavoro, mutamento di relazioni affettive).

L’aspetto più problematico, tuttavia, di tale operazione interpretativa risiede nell’individuazione delle condizioni specifiche alle quali l’interesse alla repressione dei reati debba cedere di fronte a quello del singolo. Il criterio orientativo di massima adoperabile è dato dal seguente: se obiettivo della giustizia penale non è esclusivamente quello di reprimere i reati (o punire i colpevoli) ma, ove venga individuato il responsabile del fatto reprimendo, è anche quello di porre il colpevole nella condizione di prendere concreta coscienza dell’errore commesso, in prospettiva direttamente funzionale alla sua emenda, si potrà affermare che il decorso del tempo giustifica l’arresto del procedimento qualora la eventuale condanna non condurrebbe a nessun risultato “maieutico” o socialmente terapeutico nei confronti del prevenuto (insomma, costituirebbe un’ulteriore stigma fine a sé stessa)<sup>113</sup>.

## **7.2. Divieto di doppio giudizio (*double jeopardy*)**

La regola in oggetto costituisce un’altra ipotesi paradigmatica di applicazione della dottrina anti-abuso.

Tuttavia, prima di addentrarsi nell’analisi delle declinazioni operative di tale regola all’interno della materia dell’*abuse of process*, converrà – seppure in breve – fare qualche cenno preliminare sulla natura e i connotati del divieto di doppio giudizio.

In termini generali, anche nell’ordinamento anglosassone esso può essere sintetizzato nel generale divieto di perseguire qualcuno due volte per il medesimo fatto.

Questo, per dir così, sarebbe il generale portato del principio; niente di nuovo, si potrebbe dire, rispetto a quello che sostanzialmente si può rinvenire altrove (sistema italiano compreso). La regola in commento, tuttavia, presenta un’articolazione più sfaccettata nella *common law*; più in concreto, essa esprime l’esigenza di evitare che taluno, già condannato od assolto per un fatto, patisca il rischio di una seconda condanna per una vicenda che sotto il profilo

---

<sup>112</sup> *R v Mill*, [1986], 52 CR (3d) 1, 91-2.

<sup>113</sup> J. JACKSON - J. JOHNSTONE, *The Reasonable Time Requirement: An Independent and Meaningful Right?*, in *Criminal Law Review*, 2005, pp. 23 e ss.

storico sia sostanzialmente la medesima (con riserva di illustrare a breve cosa debba intendersi con tale ultima espressione).

Secondo una prospettiva moralizzatrice della giustizia penale, lo strumento è congegnato per arginare lo zelo repressivo dell'autorità di fronte a crude manifestazioni criminali che, per ipotesi, siano già andate incontro ad un proscioglimento (in tal senso, come si vedrà, la regola in oggetto opera anche con riferimento alla situazione in cui un processo penale sia iniziato relativamente ad un fatto che funga da "apripista" per un secondo procedimento avente ad oggetto una più grave vicenda strettamente collegata alla prima).

Ad ogni modo, si potrebbe compendiare l'essenza del divieto nel modo seguente:

*«to put a person in double jeopardy may increase the chances of his or her being convicted even though innocent, and will also undermine the moral integrity of the criminal process. The accused may, as a result of having revealed his complete defence at the first trial, be at a greater disadvantage at the second trial and thus less able to defend him or herself effectively. Irrespective of this, it is in any event morally objectionable to subject someone to the embarrassment, expense and anxiety of a second prosecution, with the possibility that a verdict might be returned which is ought to be borne in mind when considering stays of proceedings in the double jeopardy context»<sup>114</sup>.*

Come si arguisce, l'intima logica del principio si ricollega al nucleo concettuale della *fairness*: vi è anche un'esigenza insomma, strettamente pratica, di evitare un (secondo) giudizio nel quale l'efficacia della strategia difensiva è notevolmente ridimensionata rispetto a quello antecedente. Il che, ad ogni buon conto, vorrebbe dire quanto si è in generale osservato in precedenza: concreto pericolo di una condanna ingiusta, a causa di una radicale "disparità" delle armi fra accusa e difesa.

D'altra parte, la *ratio* della regola *de qua* non si rinviene unicamente in una direttrice di segno garantistico; se è vero, come detto, che la necessità a monte è quella di scongiurare la "doppia ordalia" processuale per uno stesso fatto, vi è pure quella (certamente non meno rilevante) di assicurare la razionalità e l'economicità del sistema-giustizia.

*«The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources*

---

<sup>114</sup> A. CHOO, *Halting Criminal Prosecutions*, in *Criminal Law Review*, 1995, p. 866.

*and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense»<sup>115</sup>.*

A parte ciò, è significativo un ulteriore punto. Economicità della macchina giudiziaria a prescindere, i “fondanti” logico-giuridici del principio in commento sono esattamente corrispondenti al più sopra illustrato *principle of legitimacy*. Allo stesso modo in cui occorre tutelare il singolo da una condanna ingiusta in un secondo giudizio per il medesimo fatto, allo stesso modo è moralmente deplorabile sottoporre il “già giudicato” ad un secondo procedimento per la stessa vicenda: in altre parole, può eticamente giustificarsi un accanimento persecutorio a carico di qualcuno che sia stato già sottoposto ad un processo per il medesimo fatto? Il che, per inciso, pone la *double jeopardy rule* in perfetta linearità concettuale anche con la duplice articolazione operativa dell’abuso del processo (*unfair trial/unfair to try*).

A voler completare il ragionamento, rievocando un’impostazione illustrata all’inizio del presente capitolo, potremmo dire, che nell’ambito del primo gruppo di ipotesi, siamo di fronte all’opportunità di porre il singolo (potenzialmente innocente) al riparo da un giudizio che, vuoi per sopravvenuta carenza di risorse (economiche, per esempio), vuoi per la concreta inattitudine alla predisposizione di un’ulteriore strategia difensiva, determina una situazione di partenza inequivocabilmente “ad armi impari” (*intrinsic policy*); rischio che, poi, sarebbe oltremodo aggravato in ipotesi di secondo giudizio instaurato a carico di taluno che sia stato assolto.

Nell’ambito del secondo, invece, si può affermare che inerisce al pubblico interesse il non assoggettare il singolo alla prostrazione psicologica di un secondo giudizio per lo stesso fatto (*extrinsic policy*). Per fornire una dimensione concreta al ragionamento svolto: uno sguardo di insieme alla casistica in materia mostra come il più delle volte, nelle more del secondo giudizio, l’accusato subisca una limitazione della libertà personale<sup>116</sup>. Più efficacemente:

*«A defendant is, ... when invoking the pleas in bar, ... reminding the state – as the community’s representative, the community in whose name the business of criminal justice is done – of the limits of its power. The defendant speaks as a member of the political community and her claim is something like this: “Having once submitted to the process of justice in relation to this offence, and having been duly acquitted (or convicted and punished, as the case may be), your (political, moral) jurisdiction to subject my conduct to examination in criminal proceedings is exhausted.*

---

<sup>115</sup> M. L. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969, p. 4. In giurisprudenza, v. *Green v US*, [1957], 355 US 184, 187-8.

<sup>116</sup> In questo senso, M.L. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, cit., p. 162; A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 23.

*My citizen's duty is done, and I am beyond your reach" ... This is the special value of finality in criminal proceedings, and the principal rationale underpinning double jeopardy protection»<sup>117</sup>.*

La regola illustrata riceve nella prassi anglo-gallese tutela espressa tramite l'istituto dell'*autrefois acquit or autrefois convict* (c.d. *plea in bar*): rispettivamente, con la prima, si protegge dal rischio di un secondo giudizio per lo stesso fatto colui che sia stato precedentemente assolto; con la seconda, specularmente, colui che sia stato in precedenza dichiarato colpevole.

Nondimeno (come fra poco si vedrà), la tutela ricollegabile all'istituto appena richiamato non è omnicomprensiva. È proprio in ragione di tale emergenza pratica che la giurisprudenza inglese ha elaborato una forma di tutela in via sussidiaria: la dottrina sull'abuso del processo costituisce perfetto strumento in proposito.

Il che, ad ogni modo, non significa identità di istituti o di tutela: come giustamente evidenziato, infatti, se il primo (*plea in bar*) si concretizza in un vero e proprio diritto assoluto per l'imputato, ciò non vale per la seconda<sup>118</sup>. Tradotto: la tutela "specificata" del *ne bis in idem* può essere invocata in ogni stato e grado del procedimento; oltre a ciò, non può formare oggetto di rinuncia o di disposizione in contesa da parte dell'interessato (un'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato non toglie al giudice il potere d'ufficio di procedere secondo la regola in commento)<sup>119</sup>. Sorge dunque il problema di delimitare l'area oggettiva di (in)applicabilità di quest'ultima: in sostanza, quali ipotesi fuoriescono dal suo ambito di operatività?

Occorre illuminare, in primo luogo, gli elementi che ne individuano gli aspetti definitivi. L'attenzione corre al significato della locuzione *same offence*.

Lo sforzo interpretativo della giurisprudenza si è concentrato sulla chiarificazione della portata di tale ultima locuzione.

Non si poneva tanto in discussione – per lo meno, non costituiva l'aspetto più rilevante della questione – il concetto di *fatto*: è principio immanente anche nell'ordinamento giuridico anglosassone che il nucleo fattuale della vicenda *sub novo iudice* debba essere sostanzialmente il medesimo. Le difficoltà interpretative originano, difatti, dalla più ampia estensione semantica di *same offence*.

I termini del problema qui trattato sono stati compendati in un noto *leading case* in materia.

---

<sup>117</sup> P. ROBERTS, *Acquitted Misconduct Evidence and Double Jeopardy Principles, from Sambasivans to Z*, in *Criminal Law Review*, 2000, pp. 954 e ss.

<sup>118</sup> *Connelly v DPP*, [1964], AC 1254, 1305, per Lord Devlin.

<sup>119</sup> *Cooper v New Forest District Council, The Times*, 19 March 1992.

Si allude a *Connelly v DPP*<sup>120</sup>: l'imputato *Connelly* aveva preso parte ad una rapina a mano armata presso un caseificio, unitamente ad altri individui (tutti facenti parte di una consorteria criminale), da cui seguì la morte di un impiegato dell'azienda; inizialmente processato per omicidio, fu condannato in primo grado. La condanna fu in seguito annullata dalla *Court of Appeal* per rilevanti violazioni procedurali commessi dal giudicante del pregresso grado di giudizio (*procedural misdirections*). In conseguenza dell'insuccesso ottenuto nel primo processo, l'accusa promosse un secondo giudizio a carico dello stesso imputato ma, questa volta, per rapina a mano armata. In tale processo, tanto la complessiva vicenda fattuale quanto il supporto probatorio erano inalterati rispetto a quelli presenti nella procedura pregressa: in sostanza, si era di fronte ad una violazione penale di diversa specie (o natura), maturata in un medesimo contesto storico-fattuale (essendo logicamente inscindibile l'episodio della morte avvenuta nell'ambito di una rapina). La difesa, come si intuisce, aveva eccepito il *ne bis in idem*, sulla base di un ragionamento articolato: se, come sembra, non si può dubitare che rapina ed omicidio siano episodi concettualmente distinti e mentalmente separabili, è pur vero che per l'identità di contesto materiale in cui furono perpetrati ed essendo entrambi noti all'accusa sin dall'inizio del procedimento penale per omicidio, era obbligo del *prosecutor* procedere all'interno del primo procedimento congiuntamente per gli addebiti *de quibus*; diversamente opinando – sempre secondo la difesa –, si consentirebbe (come nel caso di specie) all'accusa di protrarre a proprio piacimento lo stato di sottoposizione del prevenuto a processo penale, indebitamente aggravando lo stato di ansia e di prostrazione morale e psicologica che ebbe già a patire in ragione del pregresso giudizio.

Donde l'origine della (duplice) questione ermeneutica, sottoposta al giudice dalla difesa: in primo luogo, cosa si deve intendersi per *same offence* e, dunque, quando dovrebbe ritenersi integrato detto requisito, necessario all'applicazione della *double jeopardy doctrine*; in secondo luogo, se la tutela del divieto in oggetto potesse nel caso di specie trovare applicazione e, in caso di risposta negativa, quale rimedio fosse prospettabile.

In relazione al primo quesito, il giudice ebbe preliminarmente a chiarire un punto: in relazione al concetto di *same offence*, non basta che il materiale probatorio apportato dall'accusa, nell'uno come nell'altro processo, sia lo stesso: pur potendo costituire un utile elemento per ravvisare violazione del divieto di doppio giudizio, non costituisce elemento dirimente. Prova e fatto da provare sono entità distinte, essendo chiaro che (si può ipotizzare) lo stesso testimone oculare possa compiutamente riferire tanto in ordine ad una rapina quanto ad un omicidio<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> [1964], AC 1254, 1305, par Lord Devlin.

<sup>121</sup> V., per chiarire, *DPP v Humphrys*, [1977], AC 1, dove l'imputato, giudicato ed assolto dal reato di guida senza valida licenza di un motoveicolo, è stato sottoposto ad un secondo giudizio per falsa testimonianza (*perjury*) e quivi condannato, benché la difesa avesse

Per rispondere alla prima domanda, ulteriormente, non sarebbe stato sufficiente focalizzare l'attenzione sull'elemento dell'identità del fatto (strettamente intesa) perché, diversamente, la questione non avrebbe avuto ragion d'essere: benché intimamente connessi sotto il profilo cronologico e materiale, i reati oggetto di separato accertamento originavano comunque da condotte distinte. Evidentemente, la portata dell'espressione "*same offence*" è più lata; in particolare, la questione veniva ad essere emendata nei seguenti termini: se fosse possibile iniziare un processo penale per un fatto in relazione al quale in un pregresso procedimento penale lo stesso imputato avrebbe potuto essere legittimamente condannato (da intendersi: se l'accusa avesse opportunamente elevato l'addebito unitamente a quello che aveva già fondato un accertamento). Detto altrimenti: si può affermare che, se nel precedente processo penale non vi è stata condanna per un fatto che, ove opportunamente contestato, avrebbe condotto verosimilmente ad un'affermazione di responsabilità, si è di fronte ad una sorta di implicita rinuncia all'esercizio dell'azione per quella vicenda?

Una più celere risposta, si sottolineò, si poteva dare riguardo al capo di imputazione che, in via alternativa, era stato formulato dal *prosecutor* nel corso del primo giudizio: *Connelly*, difatti, era stato primariamente accusato di omicidio doloso (*murder*) ed, alternativamente, di omicidio colposo (*manslaughter*). Il fatto che la giuria si fosse pronunciata (con una condanna) sulla prima ipotesi accusatoria inevitabilmente fondava un'assoluzione (per dir così) tacita sulla seconda (la quale certamente avrebbe fondato una *plea in bar* per *autrefois acquitted*). Come detto, però, la difesa intendeva spingersi oltre: il divieto di nuovo giudizio doveva ritenersi operante anche nella situazione in cui l'accusa, perfettamente a conoscenza di un ulteriore fatto (rapina), che poteva costituire oggetto di addebito già all'epoca del primo processo, ne avesse posticipato volutamente la persecuzione.

Per rispondere a tale dubbio, fu proposto un criterio di massima: posto che il fatto-reato, contestato in un secondo giudizio, deve essere lo stesso o sostanzialmente il medesimo rispetto a quello oggetto di un precedente accertamento, il giudice dovrà verificare se le prove, addotte nell'ambito del secondo procedimento, avrebbero potuto fondare una condanna già all'interno del primo. Benché non esattamente conferente sotto il profilo tecnico, il ragionamento evoca lo schema degli accertamenti posti in un rapporto di pregiudizialità; insomma, si vuol dire che: siamo di fronte ad una sostanziale identità di vicenda fattuale (e, dunque, ad una violazione della regola del *ne bis*

---

presentato una richiesta basata sulla *double jeopardy rule* (*autrefois acquitted*), sostenendola sulla scorta della considerazione che la prova "decisiva" in ambedue le procedure fosse la medesima (testimonianza dell'ufficiale di polizia che avrebbe rilevato l'infrazione del prevenuto).

*in idem*) quando l'assoluzione per la "prima" imputazione non può che comportare il proscioglimento in via consequenziale per la "seconda"<sup>122</sup>.

Detto ciò, veniva affrontato il profilo concernente le eccezioni alla *double jeopardy rule*.

La prima si ha in ipotesi di reato (così diremmo, adoperando il lessico giuridico domestico) contro l'amministrazione della giustizia: in particolare, una sentenza di proscioglimento in riferimento ad un reato potrà essere annullata, qualora si accerti che essa sia conseguita ad una pressione illecita nei confronti di un membro della giuria o di un testimone (per il quale fatto, vi è stato procedimento penale a *latere* e condanna a carico dell'autore della subornazione), salvo che la riapertura del procedimento penale per il primo reato, in ragione del decorso di un considerevole lasso di tempo, non sia contraria agli interessi della giustizia<sup>123</sup>.

La seconda concerne peculiari categorie criminose, connotate da un rilevante allarme sociale (omicidio doloso o colposo, genocidio, sequestro di persona, violenza sessuale, per citare qualche esempio): in questo caso, ove sopravvengano o siano scoperte nuove prove a carico di una persona assolta per uno o più dei reati menzionati, il *prosecutor*, previa autorizzazione scritta del *Director of Public Prosecutions*, se ciò non è contrario agli interessi della giustizia penale, può chiedere la revoca della precedente assoluzione e la conseguente riapertura del processo penale avverso il prosciolto.

Quello che, tuttavia, desta maggiormente l'attenzione è il fatto che il caso in analisi ebbe a stabilire definitivamente (con un'impostazione che non sarebbe stata più successivamente sconfessata) l'applicabilità della dottrina dell'abuso del processo alla violazione del *ne bis in idem* (meglio, come si sta per dire, a situazioni poste in una zona di "confine" con tale divieto).

La risposta alla domanda passò per l'enunciazione di una regola generale, puntualizzando un opportuno dato in premessa: la regola apicale del divieto di doppio giudizio, per come sopra illustrata e declinata in sede giudiziale, non era applicabile al caso di specie; sono situazioni eterogenee: eccezioni al principio a parte (evidentemente non conferenti con la vicenda in oggetto), una pregressa pronuncia di merito (condanna o proscioglimento) per un fatto, oggetto di nuova persecuzione, non equivale all'annullamento per vizi procedurali di una sentenza (di condanna, in questo caso) per un fatto, connesso con un altro per il quale fu promosso un secondo giudizio. La dottrina dell'abuso del processo, pertanto, fu invocata dalla difesa a fronte del diniego opposto dal giudice in sede di istanza di applicazione del *ne bis in idem*, come rimedio di *extrema ratio* per supplire ai vuoti di tutela lasciati da quest'ultimo.

---

<sup>122</sup> *Connelly v DPP*, [1964], par Lord Hodson.

<sup>123</sup> *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, Section 54.

Ad ogni modo, fu stabilito che, in via di principio, l'accusa ha l'obbligo di promuovere un unico processo penale per tutti i fatti-reato di cui abbia contezza e che abbia l'intento di perseguire (per ragioni evidenti quali l'economia processuale e l'indebita protrazione della "ordalia" punitiva avverso la stessa persona); nondimeno, qualora tale *modus procedendi* fosse contrario all'interesse collettivo della repressione dei reati, sarebbe consentito eccezionalmente al magistrato di optare per la separazione dei procedimenti. Nel caso di specie, la conclusione fu di segno negativo: non era stato violato il *ne bis in idem*, né poteva parlarsi di un abuso del processo, atteso che il secondo processo non ricreava a carico dell'imputato nessun rischio di ingiusta condanna, né costituiva attentato alla moralità del sistema (versandosi, in quel caso, in processi penali aventi ad oggetto gravissime forme delinquenziali).

Indipendentemente dal responso finale, abbiamo un punto di rilievo: la teorica dell'abuso del processo costituisce strumento utile in situazioni-limite con il divieto di secondo giudizio, configurandosi più propriamente come una sorta di "completamento" od estensione del raggio di tutela proiettato dal secondo.

Pare, dunque, di potersi scorgere un ulteriore principio "in filigrana": l'arresto del procedimento (rimedio espressamente richiesto dalla difesa nel caso in commento) sarebbe stata soluzione astrattamente praticabile, benché in via (ribadito dal giudice anche in quell'occasione) del tutto eccezionale; in secondo luogo, sembra di poter evincere – forse per la prima volta all'interno di una pronuncia – una configurazione dell'abuso del processo come istituto, al di là dello specifico contesto giuridico-fattuale (*double jeopardy rule*), valevole in generale in termini di dottrina sussidiaria: in altre parole (se vogliamo), adoperabile come vero e proprio strumento di ortopedia giudiziale capaci di colmare le lacune lasciate da una regola espressa.

### **7.3. Entrapment**

Dato di premessa per qualsivoglia discorso in tema di *entrapment* è che nella tradizione giuridica anglo-gallese esso non è oggetto di specifica disciplina e tutela<sup>124</sup>. L'istituto dunque o, per meglio dire, la protezione da tale prassi distorsiva (come si vedrà) è esclusivamente il frutto di recenti elaborazioni giurisprudenziali.

Il termine, di per sé, è carico di una connotazione negativa: si evoca l'idea dell'intrappolamento, del tranello, fornendo immediatamente l'immagine (nettamente più esemplificativa rispetto a tante altre manifestazioni "cliniche") dell'abuso dell'autorità nei confronti dell'individuo.

---

<sup>124</sup> A. CHOO, *Abuse of Process*, cit., p. 135.

Se si volesse dare una generale definizione (seppur con riserva di successiva puntualizzazione), si può richiamare quella fornita in una nota vicenda giudiziaria:

*«Entrapment occurs when an agent of the State – usually a law enforcement officer or a controlled informer – causes someone to commit an offence in order that he should be prosecuted»<sup>125</sup>.*

Tradotto altrimenti:

*«The use of deceptive techniques to test whether a person is willing to commit an offence»<sup>126</sup>.*

L'origine pragmatica dell'istituto sopra segnalata, peraltro, ne mette subito in evidenza un ulteriore aspetto caratterizzante (che, dunque, lo pone in perfetta linea di continuità con la complessiva teorica dell'abuso del processo): si tratta dell'approccio eminentemente pratico alla tematica; ciò comporta che l'accertamento giudiziale, diretta alla ricostruzione di un'avvenuta o meno condotta abusiva, sarà determinato dalle singole circostanze del caso concreto. Per detta ragione, si potrebbe fondatamente dire che, se da una parte siamo di fronte ad una figura (se così vogliamo) malleabile, dove la discrezionalità del giudice ha (più che ampi) ampi margini di manovra, dall'altra, si hanno rilevanti difficoltà nel ricostruire i contorni generali di una regola che sfugge fisiologicamente a generalizzazioni concettuali; o per dirla più efficacemente: *“Each case turns on its own facts”<sup>127</sup>.*

D'altronde, trattasi di un tema – come è stato giustamente sottolineato<sup>128</sup> – che ha ricevuto una crescente attenzione negli ultimi anni, in ragione della guerra “a tutto campo” non soltanto in materia di narcotraffico, ma anche in quella del terrorismo che ha, come si sa, coinvolto l'intero mondo occidentale. In sostanza, il numero di casi giudiziali dove si è specificamente affrontato il problema dell'*entrapment* è aumentato in modo rilevante nel corso dell'ultimo quindicennio, portando al centro dell'attenzione (sia della dottrina che della giurisprudenza) il profilo inerente alla delimitazione dei confini di operatività della teorica maturata sul punto.

Ma partiamo da alcune osservazioni a monte.

Si diceva che l'*entrapment* non è assistito da alcuna previsione legale espressa o, comunque, da nessuna disciplina (nemmeno di origine giurisprudenziale) che ne sancisca elementi e tutela; ciò basterebbe, dunque (a

---

<sup>125</sup> *R v Looseley*, [2001], 1 WLR 2060, HL, par Lord Hoffman.

<sup>126</sup> A. ASHWORTH, *Re-drawing the Boundaries of Entrapment*, [2002], in *Criminal Law Review*, p. 161.

<sup>127</sup> D. CORKER-M. SUMMERS QB-D. YOUNG, *Abuse of Process*, cit., p. 204.

<sup>128</sup> D. CORKER-M. SUMMERS QB-D. YOUNG, *Abuse of Process*, cit., p. 204.

voler offrire qualche termine di raffronto con un altro sistema di *common law*), per differenziare il regime di trattamento concernente la materia che si ha nell'ordinamento anglosassone rispetto a quello statunitense (dove, al contrario, la legge penale prevede specificamente l'istituto)<sup>129</sup>.

Ad ogni modo, l'evoluzione delle analisi giurisprudenziali sul tema, rinvenibile nel terreno della prassi anglo-gallese, registra un evidente progressione con riguardo alla volontà di riconoscere una tutela all'imputato dalla grave condotta dell'autorità. I limiti oppositivi che si riscontravano nel rispondere alle istanze (in senso lato) di giustizia della difesa erano di un duplice ordine: sotto il profilo della lotta alla criminalità, la stigmatizzazione tanto esplicita quanto radicale di tale pratica (per ipotesi: da sanzionare con la paralizzazione del procedimento penale avente ad oggetto un fatto seguito ad un'istigazione della polizia in sede di indagini) si sarebbe tradotta in una consistente diminuzione dell'efficacia del contrasto a gravissime forme delinquenziali (vedi, ad esempio, lo spaccio di stupefacenti, dove – come noto – si fa largo impiego delle operazioni sotto copertura); sul versante della prassi giudiziale, poi, si intuisce la difficoltà nel concepire una forma di tutela che, ove – si diceva prima – portata alla radicale conseguenza (abuso del processo, *ergo* arresto del procedimento), avrebbe di fatto comportato la (per dir così) caducazione di praticamente tutti i giudizi ove l'addebito elevato dall'accusa si concretizzava in un'azione od omissione “causata” da un agente sotto copertura (per l'evidente ragione che la prova determinante, quando non addirittura esclusiva, del fatto-reato era costituita dalle successive dichiarazioni del teste-agente)<sup>130</sup>.

Per rendere palmare evidenza delle problematiche appena illustrate, è sufficiente il richiamo di un noto caso giudiziario.

In *R v Sang*<sup>131</sup>, constatandosi in premessa il vuoto di tutela specifica in materia di *entrapment*, così come di oltre tre decenni di conseguente incapacità di reazione giurisprudenziale al problema (che, beninteso, era tutt'altro che infrequente), furono diverse le opzioni prese in considerazione: ben lontani

---

<sup>129</sup> V., in generale, *Sherman v US*, [1958], 356 US 369; *Matthew v US*, [1988], 108 S Ct 883; *Jacobson v US*, [1992], 112 S Ct 1535. In dottrina, si richiamano le considerazioni di R.J. ALLEN-M. LUTTRELL-A. KREEGER, *Clarifying Entrapment*, in *International Commentary of Evidence*, 1998, in [www.bepress.com](http://www.bepress.com); A. CARLON, *Entrapment, Punishment, and the Sadistic State*, in *Virginia Law Review*, 2007, p. 1081; K.A. SMITH, *Psychology, Factfinding, and Entrapment*, in *Michigan Law Review*, 2005, p. 759.

<sup>130</sup> In materia di operazioni sotto copertura e di analisi delle pertinenti metodologie investigative, v. M. MAGUIRE-T. JOHN, *Covert and Deceptive Policing in England and Wales: Issues in Regulation and Practice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, p. 316; A. CHOO-M. MELLORS, *Undercover Police Operations and What the Suspect Said (or Didn't Say)*, in M. ALLEN (ed.), in *Web Journal of Current Legal Issues Yearbook 1995, 1996*; P. GILL, *Rounding Up the Usual Suspects? Developments in Contemporary Law Enforcement Intelligence*, 2000, cap. VIII.

<sup>131</sup> [1980], AC 402. Pronuncia, peraltro, il cui contenuto fu sostanzialmente ribadito in altre successive: *R v Tonnessen*, [1998], 2 Cr App R, 328; *R v Springer*, [1999], 1 Cr App R, 217; *R v Shannon*, [2001], 1 WLR 51, 73.

anche soltanto dall'ipotizzare il rimedio estremo dell'arresto del procedimento, si valutò il ricorso all'esclusione della prova ottenuta attraverso l'operazione sotto copertura dell'agente di polizia o, in alternativa, alla mitigazione del rigore della pena eventualmente irroganda. La prima soluzione fu scartata: non solo (come già sopra segnalato) perché l'esclusione dal materiale probatorio della prova esclusiva (od anche solo determinante) del *prosecutor* avrebbe comportato inevitabilmente il crollo del castello accusatorio, ma anche perché ciò sarebbe valso all'edificazione – per la prima volta – di una sostanziale difesa dall'*entrapment* di fatto, come si è detto, carente nel sistema anglosassone (tanto nel diritto positivo quanto nelle pregresse elaborazioni giurisprudenziali). Si trattava di un ragionamento, a ben riflettere, alquanto labile, non fosse altro perché non avrebbe lasciato alternative: la soluzione praticabile che residuava era l'attenuazione della pena applicata con la condanna; il che, chiaramente, espone il costrutto argomentativo a fortissime perplessità: si farebbe presto a controbattere, infatti, che la mitigazione del *quantum poenae* non costituisce un rimedio, capace *ex se* di cancellare o porre nel nulla la condotta dell'agente di polizia; è evidente, infatti, che senza l'ingerenza di quest'ultimo nella dinamica delittuosa, il fatto oggetto di successivo addebito non sarebbe stato commesso dall'imputato (per lo meno, è altamente probabile che il prevenuto non lo avrebbe commesso, mancando una libera e sciente autodeterminazione volitiva): ciò rende il processo, in un certo senso, “cercato” o “costruito” dall'autorità, con l'indubbia conseguenza che – almeno nel caso in cui la prova ottenuta dall'*entrapment* sia esclusiva o determinante per la condanna – difesa ed accusa non giocano dall'inizio ad armi pari.

Ad ogni modo, se la prassi giudiziale anglosassone assisteva ad una stasi, vera e propria spinta propulsiva al riconoscimento in via giurisprudenziale di una protezione specifica dalla pratica distorsiva in commento si è avuta con una pronuncia della Corte europea dei diritti umani<sup>132</sup>.

In breve il fatto: due agenti “in borghese” prendono contatto con un narco-trafficante, tale *VS*, che avrebbe svolte funzioni di intermediario nella vicenda in commento), per l'acquisto di una data quantità di eroina; quest'ultimo accetta la proposta, mettendosi in contatto con altro soggetto (*FO*), che si premura di condurre direttamente il primo, unitamente ai due ufficiali di polizia (nelle vesti di acquirenti), dal futuro ricorrente alla Corte europea: *Teixeira de Castro*. Costui accetta, a sua volta, la proposta di acquisto proveniente dagli agenti (venti grammi di eroina), accompagnandoli da quello sarebbe stato il fornitore materiale dello stupefacente (tale *JPO*) il quale, procuratosi la sostanza, provvede dietro pagamento a darlo a *Teixeira* che, quindi, lo cede definitivamente ai due ufficiali di polizia; donde il suo arresto.

---

<sup>132</sup> Corte eur. dir. um., 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v Portogallo*.

*«The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug-trafficking [...] The right to a fair administration of justice holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience [...] The public interest [see: persecution of offences] cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement».*

A ben guardare, si tratta di una premessa decisiva: l'affermata essenzialità e, ad un tempo, irrinunciabilità del principio di equità processuale evidenzerebbe subito un tratto di continuità fra la Convenzione europea dei diritti umani e l'ordinamento anglo-gallese dove, come si è visto, la *fairness* costituisce un valore rigido, insuscettibile di bilanciamento o temperamento per via di contrapposti interessi. Alla resa dei conti (ma si affronterà il tema con maggior grado di dettaglio nel capitolo successivo), non sembrerebbe errato dire che siamo di fronte sì a diverse nomenclature ma, al contempo, ad una medesima sostanza concettuale: mettendo da parte l'integrità morale del sistema, se la *fairness* (nella declinazione concettuale offerta nell'ordinamento anglo-gallese) si concretizza nella necessità di assicurare un processo giocato ad armi pari (o, detto altrimenti, dove non vi sia il rischio di un'ingiusta condanna per evidente sbilanciamento in termini di probabilità iniziali di condanna), è altrettanto vero che l'art. 6 C.e.d.u., racchiudendo un nucleo irrinunciabile di garanzie che devono essere riconosciute all'accusato, da applicare come *standard* minimo nei sistemi di giustizia nazionali, prefigurerebbe le condizioni basilari di un procedimento penale dove l'imputato abbia l'effettiva possibilità di svolgere un'adeguata difesa. Insomma, indipendentemente dalla declinazione dei parametri di equità nello specifico (che, nel caso della Convenzione europea, sono dati da una sintesi delle tradizioni giuridiche degli Stati membri), la simmetria concettuale è palpabile.

Posto ciò, l'attenzione si sposta sulla condotta posta in essere dagli agenti di polizia.

Il punto di partenza per stabilire la legittimità dell'operazione sotto copertura viene individuato nel controllo "a monte" da parte di un magistrato (requirente o giudicante): figura-chiave, chiaramente, non soltanto in termini di imparzialità, ma anche per assicurare che le indagini siano indirizzate verso taluno gravato da indizi di reità.

Orbene, il requisito in parola difettava nel caso di specie: né la supervisione di un magistrato, né un compendio indiziario a carico del ricorrente erano ravvisabili nel caso di specie prima dell'intervento degli ufficiali nell'operazione anti-droga (il ricorrente era soggetto incensurato, ignoto agli ufficiali stessi, che vennero a contatto con il medesimo solo tramite l'opera di intermediazione svolta di terzi narcotrafficienti). L'ingerenza operata dagli agenti polizia, pertanto, sarebbe stata già solo per tale ragione illegittima.

Ma non è questo o, meglio, non è solo questo l'aspetto che rilevava nel caso di specie, al fine di poter affermare che la condotta serbata dagli operatori di polizia costituiva indebita determinazione al reato, tale da sconfinare in una pratica vietata in quanto inficiante la complessiva equità del processo penale (art. 6 C.e.d.u.).

Nel senso specifico dell'*entrapment*, il ragionamento della Corte si appunta sull'elemento causale: in altre parole, i giudici di Strasburgo dovettero valutare se in capo a *Texeira* fosse concretamente ravvisabile un'autonoma volizione rispetto al reato o se, piuttosto, essa fosse il frutto di un'induzione del ricorrente alla commissione dello stesso, surrettiziamente realizzata dagli agenti-istigatori, la cui intromissione, pertanto, avrebbe costituito in questo caso, rispetto alla cessione di stupefacente, *condicio sine qua non*.

La risposta è proprio in quest'ultimo senso: nessun elemento in atti conduceva all'opposta ipotesi ricostruttiva, giocando in direzione opposta anzi elementi di segno contrario, quali il reperimento della droga da parte di una terza persona (non direttamente dal ricorrente), la circostanza che non furono rinvenute sostanze in possesso del prevenuto oltre a quelle esplicitamente demandate dagli agenti. In breve: l'operato degli ufficiali sotto copertura non si limitò, come invece sarebbe stato doveroso, allo svolgimento di indagini, ma esorbitò da tali confini, per giungere ad una vera e propria istigazione delittuosa<sup>133</sup>.

La pronuncia, oltre al valore contenutistico del ricostruito divieto in materia di *entrapment*, segnalava l'esigenza fondamentale di contenere le operazioni sotto copertura entro determinati limiti.

La "risposta" dell'ordinamento anglosassone non si fece attendere: l'approvazione del *Regulation of Investigatory Powers Act* (2000) introdusse un corpo composito di previsioni avente lo scopo di circoscrivere le condizioni di legittimità degli interventi di polizia sotto copertura<sup>134</sup>.

Ma non solo. L'influenza del "precedente" sovranazionale si manifestò nel fondamentale mutamento di indirizzo giurisprudenziale maturato sino a quel momento all'interno delle aule inglesi (c.d. *R v Sang Approach*).

---

<sup>133</sup> Il contenuto della pronuncia analizzata è stato sostanzialmente ribadito in ulteriori pronunce, fondando dunque, possiamo correttamente dire, un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo in materia: v. Corte eur. dir. um., 15 dicembre 2005, *Vanyan v Russia*; Corte eur. dir. um., 26 ottobre 2006, *Khubodin v Russia*; Corte eur. dir. um., 5 febbraio 2008, *Ramanuskas v Lituania*.

<sup>134</sup> In materia, v. le considerazioni di S. MCKAY, *The definition of the Covert Human Intelligence Source*, in *Archbold News*, 2004, p. 5. Brevemente, un'operazione sotto copertura potrà essere autorizzata se si ritiene fondatamente che: a) l'adozione di tale mezzo investigativo sia proporzionato al risultato delle indagini atteso; b) esso sia necessario per gli interessi della sicurezza nazionale, oppure c) esso sia necessario per la prevenzione o la repressione del crimine o per prevenire disordini; d) esso sia necessario per la salvaguardia degli interessi dell'economia nazionale, ovvero e) per la protezione della salute pubblica o per la repressione dell'evasione fiscale o, da ultimo, f) quando si richieda il ricorso a tale mezzo per ordine *Secretary of State*.

Ove si volesse ripercorrere, seppur brevemente, l'itinerario interpretativo che avrebbe condotto allo scenario odierno sul tema, va segnalato il primo "passo" costituito dall'opportunità di creare una vera e propria *exclusionary rule* in materia di *entrapment*: si iniziava a porre in evidenza la necessità, al fine di garantire l'equità processuale, di escludere la prova ottenuta nell'ambito delle operazioni sotto copertura (tanto fu possibile però, va detto, anche in ragione del varo *medio tempore* del *Police and Criminal Evidences Act* del 1984, dove si riconosceva espressamente – Section 78 – il potere del giudice di estromettere dall'agone processuale le prove illegalmente ottenute)<sup>135</sup>. Chiaramente, si trattava di soluzione intermedia rispetto all'arresto del procedimento e che solo potenzialmente sarebbe stata in grado di condurre alla totale caducazione della pretesa accusatoria (ove, per ipotesi, la prova di segno accusatorio esclusa fosse stata l'unica o quella determinante, di fatto si sarebbe giunti al proscioglimento).

Ma il vero punto di svolta si è avuto con *R v Latif; R v Shahzad*<sup>136</sup>. La pronuncia rappresenta, difatti, il passo decisivo per l'applicazione della dottrina dell'abuso del processo all'*entrapment*, coincidendo peraltro cronologicamente con un periodo in cui la dottrina in parola viveva una consistente espansione. Si sanciva per la prima volta il potere di bloccare la prosecuzione dell'*iter* procedurale, qualora l'operato in sede di indagini della polizia avesse compromesso la complessiva equità del processo o, in alternativa, avesse creato le premesse di un giudizio contrario alla moralità della giustizia.

Si possono tralasciare i dettagli della vicenda fattuale alla base del *dictum*; si andrà dritto al "nucleo" problematico da cui muove l'affermazione finale: si allude al – già in qualche modo emerso in precedenza – bilanciamento di due contrapposte istanze.

Se, difatti, la prospettiva di un (per dir così) automatismo tale per cui il giudizio penale, fondato esclusivamente (o in modo determinante) dalla prova fornita dall'agente-istigatore, dovesse essere arrestato, comprometterebbe intollerabilmente la tutela della collettività da allarmanti forme di criminalità (nella fattispecie: traffico di stupefacenti), dall'altra, l'esclusione in radice di tale possibilità avrebbe avallato agli occhi della coscienza pubblica l'opinione che la giustizia tollerasse cattive prassi ed abusi delle forze di polizia. Per tale motivo, né l'una né l'altra sarebbero state concretamente praticabili. La soluzione fu trovata *in mediam rem*: la conosciamo già, quella della *judicial discretion*. Il processo è iniquo, dunque va incontro alla fine. Oppure, come era stato ipotizzato dalla difesa nel caso di specie (ma con risposta finale negativa

---

<sup>135</sup> *R v Smurthwaite*, [1994], 1 All ER 898.

<sup>136</sup> [1996], 1 WLR 104. Per osservazioni generali sulla pronuncia in commento, v. A. ASHWORTH, *Should the Police Be allowed to Use Deceptive Practices?*, in *Law Quarterly Review*, 1998, p. 119.

da parte del giudice), il processo costituisce un attentato allo “statuto” etico della macchina giudiziaria. In quest’ultimo caso:

*«It is for the judge in the exercise of his discretion to decide whether there has been an abuse of process, which amounts to an affront to the public conscience and requires the criminal proceedings to be stayed ... In a case such as the present, the judge must weigh in the balance the public interest in ensuring that those that are charged with grave crimes should be tried and the competing public interest in not conveying the impression that the court will adopt the approach that the end justified any means».*

La teorica in oggetto riceve definitiva consacrazione con *R v Looseley; A-G’s Reference (No 3 of 2000)*<sup>137</sup> che, ulteriormente, rappresenterebbe il compimento di quell’evoluzione interpretativa, registratasi nelle aule giudiziali anglosassoni, tesa al recepimento dei principi sanciti dalla Corte europea nella materia in oggetto (*Teixeira de Castro v Portugal*)<sup>138</sup>.

In particolare, furono individuati i fattori-chiave oggetto di analisi ai fini dell’applicabilità della dottrina sull’abuso all’*entrapment*: a) la natura del reato e la complessità dell’indagine; b) i motivi dell’operazione sotto copertura; c) la natura e il concreto contributo causale prestato dalla polizia nel compimento del fatto-reato; d) i precedenti penali dell’imputato.

Sostanzialmente inalterato, a partire da tale pronuncia, è rimasto lo scenario ermeneutico relativo alla tematica.

#### **7.4. Dispersione di prove (*Lost or Destroyed Evidence*)**

È un altro terreno “caldo” quello della dispersione delle prove. La sua stretta inerenza alla teorica dell’abuso del processo è di immediata intuizione: indipendentemente da chi sia la parte alla quale la perdita è addebitabile, una prova – a discarico – è in grado da sola di determinare le sorti di un processo o, se vogliamo conformarci alla metodologia adottata in materia dalle corti inglesi, di comprometterne rilevantemente la *fairness*.

---

<sup>137</sup> [2001], UKHL 53, 1 WLR 2060.

<sup>138</sup> Vedi, sul punto, le considerazioni di A. ASHWORTH, *Entrapment and Criminal Justice (R v Looseley and Attorney General’s Reference (No 3 of 2000))*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2002, p. 125; B. LEWIN, *Test Purchasing – The impact and the Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, in *Justice of the Peace*, 2001, p. 956; S. MCKAY, *Entrapment: Competing Views on the Effect of the Human Rights Act on English Criminal Law*, in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 764; S. O’DOHERTY, *Entrapment: from Mitigation to Abuse*, in *Justice of the Peace*, 2002, p. 984; R.R. JERRARD, *Entrapment: Abuse of Legal Process for Police to Incite Crime*, in *Police Journal*, 2002, p. 245.

Come correttamente osservato, la tematica costituisce un perfetto compendio del principio di parità delle armi fra accusa e difesa<sup>139</sup>: più specificamente, esso si traduce nell'opportunità di bilanciare la (sia consentito) onnipotenza della polizia nella fase investigativa con la (benché *ex post*) tutela delle strategie difensive in sede di giudizio vero e proprio. Si arguisce come la posta in gioco sia alta: si tratta, anche qui, di una problematica intimamente connessa con il *principle of legitimacy* che, se da una parte impone la repressione dei reati e la persecuzione dei colpevoli, dall'altra stigmatizza al massimo grado il "male" (etico e giuridico) dato dal rischio di condanna di un innocente. Chiaramente, la pretesa – come già detto – non è quella di una radicale eliminazione del rischio (solo teorica), ma quella di riduzione al minimo: in sostanza, la naturale tensione verso tale (per così chiamarlo) "ottimo" paretiano si attua mediante un duplice strumento: della legge e della *judicial discretion* che, come già detto, trova nella teorica dell'abuso del processo forse la massima espressione; la legge congegna meccanismi informati da tale principio, ai quali – in ipotesi di inadeguatezza nel singolo caso – si aggiungerebbe la giurisprudenza, che interverrebbe al fine di riportare entro i confini dell'equità una situazione frutto di un abuso dell'autorità.

Ad ogni buon conto, il "precedente" fondamentale in materia, che ha provveduto a fissare i parametri essenziali della disciplina, è *R (Ebrahim) v Feltham Magistrates' Court*<sup>140</sup>.

Logicamente, lo si diceva all'inizio, la dispersione di una prova a discarico è in grado di mettere in discussione l'equità complessiva del procedimento, conducendo direttamente al pericolo di una condanna ingiusta. L'arresto del procedimento in ragione dell'iniquità, anche in questo caso, sarà un rimedio strettamente eccezionale, attesa la connaturale capacità di "auto-sterilizzazione" del processo penale (emblematica, in tal senso, è la previsione del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, Section 78, che regola il potere giudiziale di ammissione delle prove in giudizio, così anche la loro eventuale estromissione, concepito quale meccanismo di ortopedia equitativa). In buona sostanza, se è vero che in alcune ipotesi è doverosa l'adozione della sanzione di massimo rigore, sarà compito del giudice valutare preventivamente se l'equità processuale possa sufficientemente essere preservata mediante la soluzione mediana, costituita dall'esclusione di una prova dell'accusa di segno direttamente avverso a quella a discarico andata perduta.

---

<sup>139</sup> D. CORKER-M. SUMMERS QB-D. YOUNG, *Abuse of Process*, cit., p. 73.

<sup>140</sup> [2001], EWHC Admin 130, 1 WLR 1293. A parte la pronuncia, va segnalato lo studio di M. DODDS, *Arguing Abuse of Process in Relation to Loss or Destruction of CCTV Evidence*, in *Justice of the Peace*, 2001, p. 316; ancora, v. le considerazioni di S. MARTIN, *Lost and Destroyed Evidence: The Search for a Principled Approach to Abuse of Process*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2005, p. 158; V. SMITH, *Lost, Altered or Destroyed Evidence*, in *Justice of the Peace*, 2007, p. 556.

Meno diretto, forse, è il nesso logico con il secondo polo di operatività dell'abuso del processo (*unfair to try*). L'elemento qualificante in tale direzione è dato dalla malafede del *prosecutor*: si impone all'accusa di attenersi al generale dovere di lealtà. Siamo al di fuori, come sappiamo, delle regole procedurali in senso stretto; inoltre, non è nemmeno in discussione l'elevata probabilità di una condanna ingiusta: è il comportamento scorretto del magistrato che, per la sua gravità, è intollerabile, facendo così non soltanto venir meno l'interesse alla persecuzione, ma rendendo altresì conforme al pubblico interesse la cessazione della persecuzione penale. In questo caso, dunque, a differenza della prima ipotesi (*unfair trial*), dove si ha l'oggettiva mancanza di una prova che mette a repentaglio (diremmo noi) l'"oltre ogni ragionevole dubbio", vi è un accertamento basato su un coefficiente di natura soggettiva: la malafede o la grave colpa del *prosecutor* o della polizia nella perdita del contributo probatorio.

Questo è il paradigma dell'applicazione della dottrina anti-abuso alla materia in commento. Generalmente, le soluzioni giurisprudenziali sono state per il rigetto della domanda della difesa di arresto del processo per iniquità del processo: il ragionamento, in sintesi, avrebbe fatto leva sulla circostanza che la perdita di un contributo probatorio non minasse la complessiva equità della procedura che, quindi, doveva ritenersi salvaguardata dalla presenza di ulteriori dati probatori a discarico dei quali la giuria avrebbe tenuto conto<sup>141</sup>.

### **7.5. Il processo "mediatico": *Adverse Publicity***

È una problematica risalente: lo *strepitus fori*, specie di fronte ad episodi criminosi di allarmante efferatezza, può costituire un doppio potenziale pregiudizio per l'imputato.

Da una parte, come intuibile, si rischia di sottoporre lo stesso alla "gogna" mediatica, quasi che – iperboli a parte – il processo penale vero e proprio si affianchi ad un'ulteriore procedura (quella dei *mass media*, per l'appunto). Siamo qui di fronte, si arguisce, ad una "irradiazione" degli effetti (nefasti per l'accusato) del procedimento penale presso la pubblica opinione.

Dall'altra, ci si può imbattere anche nel fenomeno di direzione opposta: l'opinione pubblica che, in ragione della diffusione capillare delle notizie inerenti alla vicenda processuale, giunge ad "inquinare" l'imparzialità del giudicante. Ed è proprio quest'ultimo aspetto a rilevare ai fini della presente parte di trattazione.

Quello delle relazioni fra processo penale e mondo mediatico è un tema troppo complesso e delicato per essere analizzato in questa sede con dovizia di dettagli; sia, qui, sufficiente un'osservazione: che – come il buon senso induce

---

<sup>141</sup> *R v Beckford*, [1996], 1 Cr App R 94, 103; *R v Taylor*, [2001], EWCA Crim 1106; *R v Elliott*, [2002], EWCA Crim 1199.

a ritenere – in determinate situazioni, l’influenza presso le aule giudiziali esercitata dal dibattito promosso dai *mass media* è tale da porre seriamente in discussione lo stato di neutralità mentale che dovrebbe serbare il giudice penale. In altri termini: a certe condizioni, l’influenza “inquinatrice” del dibattito mediatico può spingersi a mettere in pericolo l’equità della procedura stessa. *Inaccurated guilties, risk of unfair conviction*: nella sostanza, si farebbe un processo dove all’immagine di un imputato si sostituisce *ab initio* quella del colpevole. Le premesse e la *ratio* della dottrina anti-abuso non lo permettono: donde la sua applicazione agli scenari astrattamente evocati.

Anche in questo caso, è impossibile dire in via aprioristica quali siano esattamente le condizioni che giustificano il ricorso al rimedio estremo dell’arresto del procedimento. A tal fine, non basta infatti porre mente al (già ben noto) approccio “casistico” che caratterizza la materia dell’abuso del processo. In realtà, la problematica relativa all’individuazione dei casi in cui l’influenza mediatica abbia raggiunto livelli intollerabili, tanto da pregiudicare la *fairness* processuale, si intreccia con un ulteriore profilo: tale tipologia di accertamento si concretizzerebbe, ad ogni effetto, in un’indagine psicologica da parte del giudice nei confronti dei membri della giuria. Detto in altre parole: affermare che il processo penale sia irrimediabilmente “falsato”, per essersi venute a creare le premesse di un vero e proprio (usando una terminologia a noi più congeniale) *iudex suspectus*, vuol dire effettuare un giudizio negativo sulla terzietà e sull’imparzialità del giudicante (aspetto che, si ripete, coinvolge inevitabilmente il coefficiente psichico). Quali possano essere i fattori oggetto di ponderazione a tal fine, quindi, è difficile da stabilire, dal momento che verranno ad intrecciarsi tanto indici di natura oggettiva (si pensi alla capillarità e la diffusione delle notizie inerenti al caso, o all’ubicazione territoriale della vicenda e il luogo in cui si è prevalentemente concentrato il dibattito mediatico), quanto di natura soggettiva (costituiti, in senso lato, dal complesso di informazioni attinenti alla persona dei giurati).

I “precedenti” noti in tale ambito rendono contezza di tali difficoltà<sup>142</sup>. Chiaramente, la (più volte ripetuta) eccezionalità del rimedio tipico della dottrina anti-abuso impone anche in questo caso l’imprescindibilità del ricorso al medesimo, con il noto previo giudizio negativo in ordine all’insufficienza di eventuali soluzioni intermedie (quali, per esempio, gli opportuni *caveat* od indicazioni che il giudice può fornire alla giuria). Rimedi di carattere intermedio che però, a ben riflettere, non sarebbero in grado di sortire l’effetto sperato (evitare l’arresto del procedimento), configurando all’opposto – verrebbe da dire – un circolo vizioso: se il giudice invita la giuria (ipotizziamo) a non tenere in considerazione alcuna l’opinione pubblica, manifestata in relazione al fatto-reato oggetto di giudizio, altro effetto non sortisce (non

---

<sup>142</sup> *R v Mc Cann*, [1991], 92 Cr App R 239, 253; *R v Taylor*, [1994], 98 Cr App R 361, 368; *R v Abu Hamza*, [2006], EWCA Crim 2918, [2007], QB 659.

sembrerebbe errato ritenere) se non quello di confermare se non addirittura acuire il condizionamento spiegato dalla prima sull'imparzialità dei giurati. Tradotto: un problema che, seppur latente, esiste già, verrebbe di tal guisa portato virulentemente in superficie.

Si è detto pericolo di condanna ingiusta. In questa sede, pertanto, l'applicazione della teorica dell'abuso si limiterebbe al polo operativo del rischio di iniquità processuale (*unfair trial*). Questo, d'altra parte, è quanto emerge dall'analisi dei casi riscontrabili su tale specifico terreno. Non si può escludere, comunque, che anche la seconda delle articolazioni operative dell'abuso del processo possa qui trovare applicazione, non parendo avulso da logica il ritenere che il clamore mediatico, suscitato da una vicenda penale, da cui è derivato un profondo stato di frustrazione e di ansietà per l'imputato, possa costituire un attentato all'integrità morale della giustizia, nella misura in cui la "ordalia" mediatica si traduca nella sottoposizione dell'interessato ad una vera e propria pena extra-giudiziale.

### **7.6. Breach of Promise**

Si tratta probabilmente del caso sintomatico meno frequente (in termini quantitativi), ma certamente quella più paradigmatica con riguardo al fondamento "etico" sotteso alla dottrina in esame.

Taluno, sottoposto a procedimento penale (ipotizziamo di essere nella fase delle indagini), stringe un accordo con l'autorità (con il *prosecutor* o con la polizia): quest'ultima promette di non promuovere l'azione penale; le "controprestazioni" potrebbero essere diverse (generalmente, è quello dell'impegno a collaborare con la giustizia). Ma se l'autorità non dovesse attenersi ai patti, promuovendo un processo penale contro il beneficiario della promessa? Non serve indugiare sul pregiudizio che al beneficiario della promessa di non persecuzione deriverebbe.

La violazione dell'impegno a non perseguire penalmente costituisce una distorsione – si direbbe – fisiologicamente connaturata alla struttura dell'ordinamento penale anglo-gallese: come già detto, l'esercizio dell'azione penale è in linea di principio oggetto di valutazione discrezionale del *Crown Prosecution Service*; senza che occorra soffermarsi sulle ragioni che sorreggono tale opzione sistemica (che senz'altro eccederebbe gli scopi della presente analisi), basti osservare che nessun'altra condotta scorretta dell'autorità forse, come la presente, concretizza un abuso (nel senso letterale del termine) del processo penale, essendo di cristallina evidenza che la rottura dell'accordo, per scelta unilaterale operata dall'autorità, lede in simultanea gli interessi fondamentali sottesi alle due articolazioni operative della dottrina anti-abuso. È di immediata intuizione che colui che riceve un impegno (si ipotizzi) del *prosecutor*, indipendentemente dalla "contropartita" promessa, rinuncia a coltivare qualsivoglia strategia difensiva per un futuro processo;

l'instaurazione di un processo, dunque, a carico dello stesso, vedrebbe questi in una posizione fisiologicamente deteriore a quella dell'accusa, inevitabilmente votata verso il rischio di una condanna iniqua. O ancora: l'autorità potrebbe rinunciare *ab origine itineris* a coltivare la pretesa punitiva, quindi trascurando la raccolta in indagine di tutti i possibili elementi di prova: la condanna successiva sarebbe pertanto indubbiamente inficiata dal dubbio (*wrongful conviction*).

*«It is not likely to constitute an abuse of process to proceed with a prosecution unless: a) there has been an unequivocal representation by those with the conduct of the investigation or prosecution of a case that the defendant will not be prosecuted and b) ... the defendant has acted on the representation to his detriment. Even then, if facts come to light which were not known when the representation was made, these may justify proceeding with the prosecution despite the representation»<sup>143</sup>.*

Questo, in sostanza, il paradigma teorico.

Ma occorre la malafede dell'autorità? Ancora: si è detto che l'esercizio dell'azione penale è attribuzione del *prosecutor*, come può dunque una promessa di non persecuzione proveniente dalla polizia, ove infranta (con conseguente promovimento del processo da parte dell'accusa) costituire un abuso del processo (trattandosi, verrebbe da dire, di atto *ultra vires*)?

Con riferimento al primo quesito, si risponde subito negativamente. Conta il dato obiettivo, più nello specifico: che, sulla base della promessa ricevuta, il prevenuto abbia adottato determinazioni tali da abbandonare ogni prospettiva di autodifesa in relazione ad un instaurando processo a proprio carico (dove il pregiudizio)<sup>144</sup>, restando sottinteso che l'eventuale rilievo di malafede in capo all'autorità non potrà che esacerbare il giudizio di disapprovazione da parte del giudice, con particolare riguardo al profilo della lesa integrità morale della giustizia (evidentemente, un processo iniziato con tali premesse devia dai propri fini istituzionali, comportando anche il venir meno di quel fondamentale interesse collettivo alla persecuzione dei colpevoli).

Sulla base degli indici offerti dalla casistica, pare pertanto che l'elemento centrale ai fini della rilevazione di un abuso processuale sia quello del pregiudizio subito dall'interessato (*detriment*). Ma cosa si intende esattamente?

Le declinazioni applicative hanno mostrato diverse manifestazioni: l'autorità rinuncia a perseguire in cambio della collaborazione del prevenuto come potenziale testimone (*prosecution witness*)<sup>145</sup>, ovvero dell'indicazione alla medesima di eventuali concorrenti nel reato. In ogni caso, vi sarebbe una

---

<sup>143</sup> *R v Abu Hamza*, [2006], EWCA Crim 524.

<sup>144</sup> *R v Croydon JJ, ex p Dean*, [1993], QB 769; v. altresì, *A-G of Trinidad and Tobago v Phillip*, [1995], 1 AC 396.

<sup>145</sup> *R v Croydon JJ, ex p Dean*, [1993], QB 769.

(implicita o meno) rinuncia dell'interessato ad ogni ulteriore auto-difesa attiva nel processo penale. Il che è traducibile nei termini di un giudizio di prognosi causale: l'impegno dell'autorità deve avere ingenerato la convinzione non colpevole, in capo all'imputato, della chiusura definitiva della vicenda penale a proprio carico; inoltre, dovrà verificarsi se la mancanza di una promessa in tal senso avrebbe comportato determinazioni del prevenuto totalmente differenti (es.: nessuna collaborazione con l'autorità sarebbe stata instaurata dal medesimo).

## **8. Osservazioni di fondo**

Si concluderà il capitolo con qualche considerazione di insieme sulla dottrina anglo-gallese dell'abuso processuale.

Come si è cercato di porre sin da subito in evidenza, l'origine e la causa dell'elaborazione dell'istituto presenta un indubbio tratto comune con la ricostruzione maturata nel sistema italiano: le lacune del sistema (nel nostro: dalla legalità) sono colmate tramite un'opera di supplenza giurisprudenziale.

Chiaramente, quello anglosassone è sicuramente un terreno più fertile per la coltura della teorica in oggetto: ai connotati di un ordinamento dove strutturalmente manca una legge scritta, si aggiunge la discrezionalità dell'azione penale, che implicherebbe – almeno teoricamente – un maggiore (per dir così) grado di “abusabilità” degli strumenti processuali in generale, se non propriamente del processo stesso.

Tentando di semplificare al massimo i termini della discussione, si può razionalmente dire che l'elemento centrale di tutta la ricostruzione giurisprudenziale finora analizzata è dato dalla *discretion*: come si è visto, il ricorso alla dottrina anti-abuso è oggetto di valutazione discrezionale da parte del giudice che, all'interno di uno spettro dosimetrico sanzionatorio ampio, dispone di più opzioni, giungendo all'adozione della soluzione estrema quando il *principle of legitimacy* sia irrimediabilmente compromesso. Allo stesso tempo, quella che abbiamo chiamato “abusabilità” del processo (o degli istituti processuali) dipende direttamente – ma ciò è stato anche messo in luce nel precedente capitolo – dai margini di manovra di cui le parti processuali dispongono nella conduzione della contesa: nel processo penale, essendo l'accusa parte attrice, è al contempo quella che è maggiormente capace di inquinare la complessiva equità della procedura (intuitivamente, poi, se alla stessa è rimesso addirittura l'esercizio della *voluntas persecutionis*, ben si comprende lo squilibrio che si ricrea fra le parti necessarie del processo con riguardo alla capacità di abusarne).

Si è altresì visto che l'arresto del processo costituisce rimedio del tutto eccezionale: per le più che comprensibili ragioni che, da una parte, la paralizzazione della pretesa punitiva pone un sensibile argine all'interesse collettivo della repressione dei reati; dall'altra, si assiste ad uno scenario

culturale nel quale generalmente si confida nelle capacità “taumaturgiche” del processo penale: è una macchina che disporrebbe già di per sé degli strumenti adeguati per garantire la complessiva *fairness*, eventualmente (se così vogliamo dire) auto-emendandosi nel corso dell'*iter*. In breve: vi è la generalizzata fiducia in un sistema processuale che, idealmente, rappresenterebbe un giusto compendio di esigenze di scoperta della verità (repressione dei reati) e di tutela delle garanzie.

D'altronde, a voler spendere qualche considerazione in più sul punto, l'intera teorica dell'abuso del processo sembra reggersi sulla dialettica appena segnalata, conducendo all'adozione di una fondamentale cautela di sistema: il grado di penetranza euristica del processo va modulato. La verità ha sempre un prezzo e, in determinati casi, esso può diventare non sopportabile. In conclusione, non parrebbe azzardato affermare che la dottrina dell'abuso del processo possa avere cittadinanza unicamente all'interno di un sistema accusatorio.

Ci si esimerà da giudizi circa i limiti o la correttezza della ricostruzione operata nell'ordinamento anglo-sassone (non rientrando nemmeno fra gli scopi della presente indagine comparatistica). Interessa qualcos'altro, in realtà: se gli strumenti offerti in quella sede siano suscettibili, in qualche modo, di importazione nel sistema processuale interno.

Insomma, tutto il senso dell'analisi qui svolta dovrebbe riversarsi in una domanda finale: se e cosa in concreto può essere mutuato dal sistema anglosassone in materia di abuso del processo. Una ricostruzione di tal guisa potrebbe avere cittadinanza nell'ordinamento processuale italiano?

# Capitolo III

## ABUSO DEL DIRITTO ED ABUSO DEL PROCESSO NEL DIRITTO SOVRANAZIONALE

*Sommario:* 1. Premessa. Necessità dell'abuso del processo in prospettiva sovranazionale – 2. L'*Abuse of Right* nella Convenzione europea dei diritti umani: origine "politica" dell'art. 17 C.e.d.u. – 3. La duplice funzione della regola: paradigma interpretativo e clausola di irricevibilità dei ricorsi. – (segue) 4. Un'accezione di «abuso» a sé stante: il concetto di «sproporzione». – 5. L'art. 17 C.e.d.u. come norma di sistema e diritto fondamentale? – 6. Il dogma dell'«*equità*» (art. 6 C.e.d.u.) canalizzato dalle spinte sovranazionali: rapporti con l'art. 17 C.e.d.u.? – 7. L'*Abuse of Right* nello scenario Ue: l'art. 54 della Carta di Nizza. – 8. Osservazioni conclusive

### **1. Premessa. Necessità dell'abuso del processo in prospettiva sovranazionale**

Lo si è detto da subito (*retro*: Cap. I): una qualsiasi indagine, avente come scopo l'analisi circa la possibilità di ricostruire a livello interno una clausola generale di divieto di abuso processuale non può prescindere da uno studio del tema in prospettiva sovranazionale. Con maggiore precisione, ci si riferisce qui ai sistemi normativi facenti capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al diritto dell'Unione europea (più nello specifico, come si vedrà in seguito, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

In parte, è stato già detto: il giurista interno è chiamato a confrontarsi con i paradigmi (normativi ed interpretativi) offerti dagli assetti richiamati, ricevendo una ineludibile spinta all'emenda dei propri. Ma non è tutto: lo scenario che si è tratteggiato svela una stretta interrelazione dei sistemi nazionale e sovranazionale, dove quest'ultimo giunge ad imporre specifici obblighi di adeguamento in capo agli Stati membri, inevitabilmente comportando una sensibile modifica dell'ordinamento interno.

In sostanza, per quel che riguarda la tematica in oggetto, i termini del problema potrebbero essere riassunti nel modo seguente.

Posto che anche la Convenzione europea e la Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza) non sono estranei al concetto di abuso (più precisamente: di *abuso del diritto*) e che l'adesione dell'ordinamento italiano comporta l'obbligo da parte di quest'ultimo di adeguare il proprio sistema a quanto sancito dagli testi in commento, il primo punto oggetto di riflessione sarà se il diritto (in senso lato) europeo imponga agli Stati membri di dotarsi di una clausola generale in materia di abuso del processo.

Per meglio dire (senza anticipare quanto verrà messo a fuoco a breve): le piattaforme sovranazionali prevedono un generale divieto di abuso del diritto,

da cui si potrebbe trarre – almeno per il momento – un’indicazione di tal guisa: nessuna garanzia, riconosciuta dalle Carte in commento, può legittimare la facoltà di compiere atti che producano l’effetto di annullare o comprimere le libertà riconosciute dalle disposizioni sovranazionali oltre quanto da queste ultime consentito.

Si tratta di un’affermazione – al di là di ogni puntualizzazione tecnica, oggetto della successiva trattazione – dall’indubbio rilievo, per lo meno sotto il profilo della coerenza e della logicità del sistema. Infatti, non possono non valere, anche in questa sede, le considerazioni generali svolte in apertura del lavoro: un ordinamento che ambisca alla coerenza ed all’efficienza si dota di strumenti volti a scongiurare il rischio che le facoltà e i diritti riconosciuti si traducano in atti prevaricatori o, comunque, estranei alla logica etico-sociale per cui detti diritti siano stati previsti. Anche negli scenari sovranazionali evocati vale, né più né meno, tale concetto: da uno sguardo delle disposizioni in materia (oggetto di trattazione a breve), si evince che le libertà non possono divenire il pretesto per legittimare il compimento di atti che comportino il surrettizio annichilimento o il restringimento delle medesime. Emerge nitidamente (e ne esce confermata), quindi, la funzione – si potrebbe dire – di tenuta della coerenza sistemica del divieto di abuso; per meglio dire, una duplice funzione: *in primis*, la proibizione dell’impiego surrettizio di un diritto o di una libertà è diretto (come si vedrà) alla salvaguardia dei valori essenziali sui quali si fonda l’ordinamento democratico degli Stati aderenti e, di riflesso, della complessiva tenuta del coacervo delle garanzie medesime; al contempo, il divieto in parola opererebbe come clausola di salvaguardia della logicità e dell’efficienza di ogni ordinamento giuridico: prevenendo le distorsioni operative delle libertà sancite, esso assicurerebbe l’impiego armonico e coerente delle stesse ed, infine, la razionalità del sistema nel suo insieme.

E giova subito puntualizzare un aspetto: all’interno delle garanzie riconosciute dai testi legislativi summenzionati, vi sono quelle di rilievo processuale; con maggior precisione: si rintracciano nel *corpus* degli atti normativi in oggetto disposizioni che concepiscono uno *standard* di tutela minimo ed inderogabile dei diritti dell’imputato nel procedimento penale. Donde il quesito in precedenza posto, che potrebbe qui essere meglio riformulato: se è davvero possibile affermare che nei sistemi sovranazionali in oggetto è presente un divieto di abuso processuale, quali conseguenze ciò spiegherà all’interno degli ordinamenti statuali? Sussiste un obbligo di adeguamento che, portato ad un livello di maggiore concretezza, si tradurrebbe nella necessità di una previsione legislativa interna (o di elaborazione in via giurisprudenziale) di un divieto di portata almeno pari a quella sancita a monte dal diritto esterno?

Un’eventuale risposta positiva a tale domanda condurrebbe immediatamente ad un ulteriore e non meno pregnante punto di riflessione: attraverso quali percorsi dovrebbe avvenire l’introduzione di tale meccanismo nei sistemi

giuridici nazionali? Domanda non da poco, tornandosi ad un argomento-chiave: perché l'eterogeneità fra i sistemi giuridici nazionale (italiano) e sovranazionale si riflette – come ben si intuisce – sull'effettività del secondo (o, se vogliamo, nella sua concreta operatività), vale a dire: nella sua concreta attitudine ad imporsi ad un livello pratico; oltre che, evidentemente, nelle soluzioni adottabili in ottica di adeguamento interno agli obblighi internazionali.

Due specificazioni, ad ogni buon conto, vanno fatte.

Va subito infatti posta in evidenza la diversa giustificazione, sotto il profilo della genesi della clausola, fra l'abuso del diritto nei sistemi sovranazionali richiamati e nell'ordinamento italiano. La diversa origine – come vedremo nel prosieguo – incide ineluttabilmente sul piano applicativo, nonché su quello delle elaborazioni interpretative volte ad implementarne l'operatività. Certo, il punto comune non manca, ed è già stato evidenziato: tenuta della coerenza e della logicità del sistema; ma il *trait d'union* non va eccessivamente enfatizzato, al punto da perdere di vista la diversa direzione funzionale: la matrice (come si vedrà a breve) politica e di efficiente cooperazione instillata nelle clausole di in sede sovranazionale è assente nell'idea del divieto di abuso concepito nel sistema interno, intento ~~quest'ultimo~~ a scongiurare il rischio di un'autoimplosione causata da un impiego irrazionale delle situazioni giuridiche di vantaggio (diritti, libertà o facoltà che siano)

Ancora, si è parlato – con riferimento agli apparati sovranazionali – di abuso del diritto. Come detto in precedenza, la questione inerente all'eterogeneità di quest'ultimo rispetto a quello in ambito processuale non si esaurirebbe esclusivamente sul piano terminologico o su quello della diversità del terreno operativo (sostanziale da un lato, processuale dall'altro); abbiamo detto, al contrario, che diversa è la funzione svolta da entrambe le clausole, così come differenti sono i percorsi interpretativi che conducono all'applicazione dell'una e dell'altra.

È un dato, quest'ultimo, di rilievo anche nella presente sede: perché, come già detto, nei testi normativi in commento si rintraccia unicamente l'abuso del diritto, non anche quello del processo; tuttavia, la carenza di quest'ultimo sul piano formale, a ben guardare, non condurrebbe *ipso facto* a negarne l'esistenza: è evidente, infatti, da un punto di vista logico, che un abuso (in senso lato) di strumenti processuali possa gravemente compromettere le garanzie dell'accusato nel procedimento penale, financo a mettere in discussione la complessiva equità della procedura (art. 6 C.e.d.u.). Insomma, oggetto di analisi sarà anche la possibilità di trarre, quand'anche per via interpretativa, un divieto di abuso processuale: in particolare, delle garanzie fondamentali predisposte dal legislatore sovranazionale in detta materia.

Un'operazione sarà necessaria, quindi, in via preliminare: quella di individuare nei sistemi “esterni” la sussistenza di un divieto generale di abuso

processuale, distinto da quello dell'abuso del diritto e, qualora l'indagine dia esito positivo, delimitarne ambito di tutela e scopi.

## **2.L'Abuse of Right nella Convenzione europea dei diritti umani: origine "politica" dell'art. 17 C.e.d.u.**

Come detto, l'abuso del diritto è clausola che, sebbene lentamente<sup>146</sup>, ha iniziato ad affacciarsi a livello internazionale già nel secolo scorso. Più nel dettaglio, si è assistito al consolidarsi di un generale divieto di abuso all'interno dei corpi normativi posti a presidio di libertà e diritti inalienabili della persona umana.

L'idea alla base, indipendentemente dalla fonte (pattizia o consuetudinaria) nella quale specificamente esso venisse a collocarsi, era quella di vietare strumentalizzazioni delle libertà. Con maggior sforzo di chiarezza: consapevole della concreta possibilità che le garanzie sancite potessero essere impiegate in modo surrettizio, il legislatore internazionale ha posto (correttamente) un argine all'esercizio delle medesime: si è così previsto che dette garanzie non potessero in alcun modo legittimare il compimento di atti o, più in generale, di comportamenti volte a svilire il contenuto o la protezione di quelle stesse libertà.

Se si vuol rintracciare il "capostipite" normativo in materia, il riferimento corre immediatamente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (concepita in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite): all'art. 30 della Carta richiamata, infatti, si proteggono le libertà e i diritti in essa sanciti da qualsiasi abuso od atto strumentale degli stessi per ipotesi commesso dagli Stati o dalle persone, diretto alla distruzione di taluna delle garanzie sancite<sup>147</sup>.

Disposizione omologa, per identità di *ratio* sottesa, benché diversamente enunciata sotto il profilo formale, è quella che si sarebbe cristallizzata nell'art. 3 del Protocollo facoltativo al Patto Internazionale sui diritti civili e politici<sup>148</sup>: nel prevedere la possibilità per i soggetti che ritengano di avere subito una lesione

---

<sup>146</sup> N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, in Edizioni Scientifiche Italiani, 2014, p. 25.

<sup>147</sup> Si fa riferimento specificamente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, mediante Risoluzione n. 217A (III) del 10 dicembre 1948.

<sup>148</sup> Il Patto Internazionale sui diritti civili e politici costituisce, unitamente al Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, uno degli essenziali presidi di protezione dei (in senso alto) diritti fondamentali dell'individuo nelle mani dell'Assemblea Generale dell'ONU (ambidue adottati in data 16 dicembre 1966). Si tratta di strumenti normativi che, forza vincolante a parte, hanno esercitato una consistente influenza sia sotto un profilo culturale che per quanto riguarda i percorsi interpretativi intrapresi a livello interno. In particolare, si richiama la giurisprudenza costituzionale italiana in materia di soggiorno irregolare dello straniero in Italia, dove si formula un espresso rimando all'esigenza dell'ordinamento interno di conformarsi al diritto internazionale ed alle sue previsioni in materia di diritti umani (v. sul punto, G. BEVILACQUA, *Corte costituzionale italiana ed inviolabilità del diritto all'alloggio dello straniero irregolare*, in *Dir. umani dir. int.*, 3, 2011).

delle prerogative sancite dal diritto internazionale di presentare apposita comunicazione al Comitato dei diritti dell'uomo, si sancisce l'irricevibilità di quelle comunicazioni compiute in abuso del diritto di presentazione delle medesime ovvero che siano incompatibili con le disposizioni del Patto; in sostanza, da una parte, qui l'abuso non è semplicemente stigmatizzato, ma anche sanzionato (con l'irricevibilità della comunicazione); dall'altra, la dimensione entro la quale esso è collocato è quella della reiezione del "ricorso" pretestuoso, emergendo nitidamente quindi che la clausola oppone una barriera a colui che, in linea di principio, sarebbe il beneficiario delle libertà sancite dal Patto, e non un divieto di condotta avente portata universale (dunque, per ipotesi, anche in relazione agli Stati od alle autorità). Carenza questa, se raffrontata con il testo dell'art. 30 della Dichiarazione universale, che probabilmente si spiega su un piano politico: il Patto, infatti, tramite il Protocollo, predisporrebbe uno strumento di tutela per il singolo che lamenta una violazione delle proprie prerogative fondamentali (che si materializza nella possibilità di presentare una denuncia di avvenuta violazione di un diritto fondamentale) che, tuttavia, non concretizza un rimedio effettivo avverso la singola violazione posta in essere dall'autorità pubblica, restrittiva di taluna delle libertà enunciate. Tale ultima forma di protezione, infatti, sarebbe stata un obiettivo troppo ambizioso o, se vogliamo dirla in termini più concreti, "politicamente" irrealizzabile (in considerazione della difficoltà di imporre ad uno Stato specifici obblighi di riparazione). D'altronde, i poteri stessi del Comitato, ricevente una denuncia, sono sprovvisti di qualsivoglia forza coercitiva, limitandosi il testo del Protocollo ad affermare che «Il Comitato, quando esamina le comunicazioni previste nel presente Protocollo, tiene le sue sedute a porte chiuse... Il Comitato trasmette le proprie considerazioni allo Stato Parte interessato e all'individuo» (commi 3 e 4, art. 5 del Protocollo Facoltativo).

Come noto, i diritti inviolabili dell'uomo sono entrati nell'area dei temi "sensibili" di quell'Europa all'indomani del secondo conflitto mondiale. L'indirizzo politico che si faceva strada, in sintesi, era quello secondo cui la delicatezza della materia trascendeva la dimensione di una tutela ad un livello esclusivamente nazionale, dimostrando al contrario l'esperienza dei pregressi conflitti la necessità di un'azione ad un livello più elevato, valicante i confini interni. Vi era l'esigenza ideologica a monte, se non altro, di un rastrellamento di quelle garanzie "dure" che formavano il patrimonio culturale e giuridico di una comunità di Stati.

Il frutto diretto di tale presa di coscienza fu l'approvazione della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (C.e.d.u.), nata in seno al Consiglio d'Europa ed approvata a Roma il 4 novembre 1950 (entrata in vigore nel settembre del 1953)<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Per osservazioni generali circa la genesi della Convenzione europea dei diritti umani e l'ascendenza culturale ed ideologica della stessa, si rinvia a: M. FASCIGLIONE, voce *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diz. dir. umani, Cultura dei diritti e dignità della persona*

Seguendo l'impostazione adottata nei testi internazionali sopra richiamati, la Convenzione positivizza il divieto espresso di abuso del diritto; dispone infatti l'art. 17 che:

*«Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».*

Tale disposizione va letta unitamente all'art. 18: si sancisce qui, infatti, che le eventuali restrizioni che ai sensi della Convenzione sono previste per i diritti ivi tutelati possono essere applicate solamente per i fini per cui dette limitazioni sono riconosciute. Norma direttamente speculare alla prima, dunque, volta a completarne il nucleo dispositivo: come è vietato un abuso del diritto, in via generale, allo stesso modo è fatto esplicito divieto di deviare dalle finalità sottese al riconoscimento di quelle libertà ed alle restrizioni che la Convenzione prevede in relazione al loro esercizio<sup>150</sup>.

D'altra parte, occorre sottolineare la differente impostazione ideologica alla base della Convenzione europea e del Patto internazionale (ed, ancora prima, della Dichiarazione Universale), così come la diversa cornice culturale entro la quale esse maturano.

I secondi si muovono sul piano dell'affermazione di un nucleo inalienabile ed invalicabile di libertà dell'uomo ma, al contempo, siamo di fronte (così potremmo dire) ad una Carta senza giudice, il cui valore riposerebbe dunque unicamente nella propulsione culturale in tema di protezione dei diritti enunciati.

Diverso discorso va fatto con riferimento alla Convenzione: qui la pretesa è differente *ab origine*. Essa viene varata sulle ceneri di un'Europa dilaniata da due conflitti di portata catastrofica, che avevano comportato l'annichilimento dei più basilari principi di civiltà giuridica e di rispetto della dignità umana. Chiaro, quindi, che i destinatari diretti delle prescrizioni sono sia lo Stato aderente, su cui grava un obbligo di protezione ed al contempo di promozione delle garanzie sancite, sia il singolo individuo, come primo beneficiario di quel nucleo di libertà. Ma non solo: lo si dirà fra poco, la Convenzione nasce con una direzione

---

*nell'epoca della globalizzazione*, a cura di M. FLORES, 2007, pp. 208 e ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 127; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. umani dir. int.*, 2008, p. 321.

<sup>150</sup> Per dovere di precisione, si riporta il testo dell'art. 18 della Costituzione tedesca: «Chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo, per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale».

chiaramente definita: il “paradigma” politico, infatti, che il legislatore sovranazionale ha qui in mente è il sistema liberal-democratico, inteso come modello ideale nel quale possano pienamente trovare esplicazione le libertà fondamentali stabilite nel testo normativo. Ciò, al contrario, non può dirsi con riguardo al Patto Internazionale: esso non si rivolge ad un modello politico in particolare, nel quale il coacervo dei diritti affermati possano trovare cittadinanza, ma enuclea un corpo di garanzie universali valevoli indipendentemente dal contesto di riferimento; insomma, esso opererebbe sotto un profilo più propriamente assiologico<sup>151</sup>.

Come correttamente osservato, l'intero testo convenzionale si regge su una dialettica che, immancabilmente, si riflette nell'instancabile opera del Giudice di Strasburgo volta alla ricerca di un punto di equilibrio fra due contrapposte istanze: interessi collettivi e diritti fondamentali del singolo<sup>152</sup>.

Orbene, anche da una superficiale lettura del testo l'art. 17 C.e.d.u., è possibile notare detta tensione; in sostanza, pure la disposizione richiamata costituisce una mediazione fra l'esigenza del rispetto delle libertà del singolo e l'attuazione (non meno cogente) degli interessi della collettività (con i quali, spesso, le prime possono entrare in conflitto, ponendo il problema del bilanciamento).

Del rapporto che intercorre fra l'art. 17 C.e.d.u. e l'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo si è già detto: il primo mutua in sostanza il contenuto del secondo. Tale legame emerge anche dai lavori preparatori alla Convenzione europea<sup>153</sup>, che rendono evidente l'origine della norma convenzionale.

D'altra parte, è radicata anche l'idea che l'art. 17 C.e.d.u. sia ispirato all'art. 18 della *Grundgesetz* tedesca (Legge Fondamentale) – varata l'anno precedente a quello in cui fu approvata la Convenzione europea – che prevede per il soggetto la perdita di uno dei diritti (tassativamente elencati dalla Costituzione tedesca) oggetto di eventuale abuso.

La tecnica di incisione è però profondamente diversa: se, infatti, nella Legge Fondamentale tedesca si prevede un catalogo tipico dei diritti fondamentali suscettibili di abuso, la Convenzione prevede una clausola di ordine generale, affidando alla prassi e all'interpretazione della Corte di Strasburgo il compito di fissarne di volta in volta contenuti e confini di operatività.

La tecnica normativa da ultimo richiamata riflette anche un contesto normativo ed un terreno di applicazione sensibilmente eterogeneo: attestandosi la necessità di coniugare sistemi giuridici fra loro differenti, quella di una clausola aperta era una

---

<sup>151</sup> M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, 2005, pp. 116 e ss.; nello stesso senso, S. BARTOLE – G. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 572.

<sup>152</sup> N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L'abuso del diritto*, cit., p. 84.

<sup>153</sup> Si veda il Documento riservato del 23 aprile 1957, redatto dal Segretario della Commissione sui lavori preparatori.

soluzione obbligata; non sfuggirà, peraltro, che l'area dei diritti umani è in costante evoluzione, mostrano la prassi e gli scenari legislativi in modo inequivoco che ciò che in un dato momento storico non è percepito nella coscienza collettiva e culturale come diritto fondamentale, successivamente lo potrebbe divenire.

Altro essenziale tratto discretivo fra i due testi è costituito dal profilo relativo alla sanzione: nella Costituzione tedesca essa è presente (perdita del diritto o mancato riconoscimento dello stesso); nessuna traccia di sanzione, invece, nel corpo convenzionale. Non è mancato, infatti, chi ha sottolineato il valore primariamente etico del sancito divieto di abuso: difficile, ad onor del vero, concepire l'idea di una sanzione diretta dell'abuso del diritto (specie ove questo sia posto in essere da uno Stato Parte, giocando contro tale prospettiva la difficoltà di concepire strumenti direttamente coercitivi avverso Stati sovrani)<sup>154</sup>; d'altra parte, l'idea di ricalcare il modulo operativo descritto dalla Costituzione tedesca (abuso del diritto a cui segue la perdita dello stesso) condurrebbe potenzialmente ad una contraddizione: di fatti, la sanzione che si concretizzasse nel noto paradigma della perdita del diritto abusato" mal si attaglierebbe ai connotati intrinseci alla categoria dei diritti fondamentali, caratterizzati da assolutezza e per ciò stesso dall'essere incondizionati. Insomma, la direttrice ideologica originaria – così pare di capire – volgeva verso l'attuazione del divieto di abuso ad un livello puramente interno, ovverosia in seno agli ordinamenti degli Stati membri, che sarebbero stati "delegati" indirettamente a dotarsi di strumenti (normativi ed interpretativi) in grado di prevenire l'uso distorto dei diritti convenzionali.

Ma proprio qui emergerebbe un fondamentale interrogativo: se l'art. 17 C.e.d.u. fonda davvero in capo agli Stati contraenti un obbligo positivo di prevenzione e/o repressione dell'abuso del diritto, qualora esso venisse compiuto (per ipotesi) dall'autorità, attribuirebbe al singolo il diritto di presentare ricorso alla Corte europea dei diritti umani per vedere riconosciuta una violazione? Detta diversamente: l'art. 17 C.e.d.u., oltre a fondare un obbligo in capo agli Stati membri, si risolve esso stesso in un (in senso lato) diritto fondamentale del soggetto che, in caso di lesione, potrà esperire la tutela riconosciutagli dall'art. 34 della Convenzione?

Si tratta di un essenziale profilo di riflessione, giacché permetterebbe di offrire una collocazione ed un inquadramento della clausola contenuta nell'art. 17 C.e.d.u. diversa da quella che, almeno finora, sarebbe emersa (e cioè, come si vedrà a breve, di norma di sistema e, successivamente, di deflazione dei ricorsi pretestuosi), così come relevantissimi sarebbero i precipitati di un'eventuale riconduzione del disposto al "nucleo" duro delle libertà fondamentali (d'altronde, la topografia normativa condurrebbe immediatamente a questa soluzione, visto che l'art. 17 è posto all'interno del Titolo I, dedicato proprio alla disciplina dei diritti e delle libertà).

---

<sup>154</sup> N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L'abuso del diritto*, cit., p. 84.

Con riserva di tornare meglio sul punto (v. *infra*: § 4), sarà ora utile soffermarsi sulla funzione originaria della norma in commento.

L'ordinamento democratico, nel cui genoma dovrebbero iscriversi i contenuti imprescindibili delle garanzie convenzionali, contiene in sé il rischio (per certi versi) fisiologico di una deriva autoritaria a cui si giungerebbe sia attraverso l'uso distorto di quelle garanzie, sia mediante l'impropria restrizione delle medesime (al di là dei limiti consentiti); il che si può tradurre più o meno nei seguenti termini: in considerazione dell'ampiezza del loro contenuto, le libertà sancite dalla Convenzione involgono in sé il pericolo di uno sviamento che, ove non congruamente controllato, potrebbe condurre il sistema verso derive totalitarie le quali, come noto, hanno segnato negativamente la storia dell'Europa della prima metà del Novecento. Per tradurre il ragionamento con un esempio: la libertà di associazione potrebbe concretamente fungere da base per la creazione di organismi diretti all'eversione dell'ordinamento democratico e, dunque, alla soppressione delle garanzie basilari sulle quali esso si erge.

Donde l'origine squisitamente politica del disposto in analisi: una funzione, pertanto, ancora prima che di coerenza logica del sistema convenzionale in sé (comunque non revocabile in dubbio), di salvaguardia dei sistemi nazionali, i quali beneficerebbero – per il tramite di tale clausola – di (diciamo così) un principio di auto-protezione rispetto ai pericoli di sovvertimento del proprio regime libertario. All'atto pratico: il diritto di associazione (art. 11) ben potrebbe piegarsi ai fini di un gruppo di eversione, intenzionato a sovvertire i capisaldi del regime democratico, presidiante le libertà fondamentali (ivi compresa quella di associazione).

Il messaggio sotteso, quindi, è più che chiaro: la Convenzione costituirebbe una sorta di codice costituzionale europeo, capace di tracciare un nucleo identitario comune fra gli Stati membri per il tramite di uno “zoccolo duro” di garanzie che si ricollegano alle tradizioni giuridiche consolidate negli ordinamenti nazionali; allo stesso tempo, l'imprescindibilità di dette garanzie le rende sensibilmente soggette ad abusi in grado di far implodere il sistema a monte.

D'altronde, l'idea in sé dell'abuso del diritto, che si riconnette ad una matrice etica e sociologica ancora prima che giuridica, farebbe parte in questo senso dello spirito del sistema convenzionale più di quanto non lo sia rispetto a quello italiano. A ben riflettere, infatti, i connotati fisiologici di un sistema (quello della Convenzione europea) votato più – se così vogliamo dire – alla “giustizia nel caso concreto” che all'applicazione del diritto e della legge, rende contezza di un congegno complessivo basato su diritti e doveri, libertà e limiti, dove – per sintetizzare – all'esercizio di una libertà deve necessariamente far da contraltare un immanente divieto di non abusarne, un principio di proporzione di mezzi e fini<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> F. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica*, 1986, p. 243.

### **3. La duplice funzione della regola: paradigma interpretativo e clausola di irricevibilità dei ricorsi.**

È indubbio che la lettera dell'art. 17 C.e.d.u., unitamente alla sua genesi, induce ad un suo inquadramento in termini di clausola-limite: come detto, l'esigenza di preservare la società democratica e i suoi principi-cardine porta ad inserire un esplicito divieto di esercizio arbitrario delle libertà convenzionali che abbia come effetto quello di annullare o comprimere indebitamente i contenuti di quelle stesse libertà che, come detto, fondano il substrato culturale e democratico comune agli Stati membri<sup>156</sup>.

Genesi politica, si diceva: e tale aspetto veniva pienamente confermato dalle applicazioni che la Commissione (all'epoca, organo istituito per assicurare il rispetto dell'accordo internazionale, poi sostituito per questa funzione dalla Corte europea) fece dell'art. 17 sin dai primi anni di vita della Convenzione europea: concepito come strumento volto ad impedire che gruppi eversivi prendessero piede in Europa, conducendo all'instaurazione di nuovi regimi dittatoriali, costituiva arnese perfetto per la reiezione di ricorsi che lamentavano la lesione di una prerogativa "abusata", diretta cioè a sovvertire i principi alla base della stessa<sup>157</sup>.

La stessa declinazione pratica dell'art. 17 è sostanzialmente in origine, quindi, in termini di affermazione "politica", muovendosi all'interno di una direttrice più di presidio ideologico e culturale che giuridico *tout court*; la lettera, nondimeno, rimanda a significati ulteriori. O meglio: la costruzione della stessa come clausola ampia, così come le aperture lasciate dal dettato normativo in punto di reazione-rimedio (aspetto su cui la Convenzione tace), ne permetterebbero in realtà una configurazione sotto diverse chiavi ermeneutiche e pratiche.

Non sarebbe in gioco, così sembrerebbe, il semplice diniego nei confronti dell'individuo della protezione convenzionale in ipotesi di abuso delle libertà enunciate; nessuno (Stato od individuo o gruppo che sia) può abusare di quelle garanzie: il divieto è formulato in termini così lapidari da non consentire alcuna eccezione; è universale, instillando quindi l'idea di un preciso obbligo in capo allo Stato contraente di prevenire o reprimere l'abuso di diritti coperti dalla Convenzione, fosse anche posto in essere dall'autorità.

---

<sup>156</sup> In questi termini, SUDRE-MARGUENAUDE F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 61 e ss.

<sup>157</sup> Si rimanda al caso *Partito Comunista tedesco c. Repubblica Federale di Germania*, con decisione emessa dalla Commissione il 20 luglio 1957.

Ad ogni modo, lasciando per il momento da parte questo aspetto, converrà concentrarsi sui profili interpretativi ed applicativi dell'art. 17 C.e.d.u., secondo le declinazioni concretamente offerte nella prassi.

Sempre in relazione alle modulazioni pratiche primigenie, possiamo dire che dell'art. 17 C.e.d.u. sono state tradizionalmente offerte due modalità applicative.

In primo luogo, la norma in analisi è stata adoperata per stroncare la nascita di quei germi di ideologia xenofoba e pro-nazista che continuavano a serpeggiare in Europa<sup>158</sup>.

In secondo luogo, la disposizione è stata impiegata come strumento di implementazione del parametro di proporzionalità che (come già detto) innerva l'intero tessuto convenzionale: le vicende concrete ponevano la questione dei limiti inerenti all'interferenza della pubblica autorità (lo Stato) nell'esercizio da parte dei singoli delle libertà di manifestazione del pensiero (nel caso specifico: in sede elettorale). Tre condizioni occorrono affinché l'intromissione autoritativa nell'esercizio delle libertà convenzionali sia giustificata: tale limitazione deve essere prevista per legge; deve avere di mira l'attuazione di scopi legittimi; da ultimo, deve essere «necessaria in una società democratica» per il raggiungimento di detti scopi: il che altro non vuol dire che esigenza di un rapporto di proporzione fra il pubblico interesse giustificante l'ingerenza dello Stato e il bene giuridico essenziale del singolo che viene a contraltare<sup>159</sup>.

Questo in termini generali. Si riscontrano però alcune (più o meno sensibili) diversificazioni dei moduli interpretativi ed applicativi dell'art. 17 C.e.d.u.: in particolare, a seconda del soggetto autore della condotta abusiva.

Partiamo (per dir così) dall'alto: *quid iuris* se ad abusare del diritto sia lo Stato membro?

Per maggior rigore concettuale, quando si parla di abuso del diritto da parte dello Stato si dovrebbe, più correttamente, discorrere di abuso delle limitazioni convenzionali dei diritti e delle libertà sancite. Su un piano di principio, infatti, le garanzie coperte dal testo di diritto internazionale sono riferite al singolo individuo, in favore del quale esse sono espressamente predisposte (salvo poi introdurre, quando occorre, la possibilità che gli stessi siano oggetto di limitazione o di bilanciamento con interessi contrapposti di rilievo pubblicistico); logicamente, pertanto, l'abuso "convenzionale" ad opera dello Stato si concretizzerebbe nell'abuso delle limitazioni che la Convenzione prevede alle libertà (sia per quanto riguarda le restrizioni ricavabili dal testo normativo, sia per quelle desumibili dalle pronunce della giurisprudenza in materia).

Posta tale premessa, il riferimento corre subito all'art. 15 C.e.d.u.

---

<sup>158</sup> V. Decisione *Garaudy c. Francia* del 24 giugno 2003 (in materia di pubblicazione di contributi ispirati al negazionismo), o la sentenza *Jersild c. Danimarca*, del 23 settembre 1994, in relazione al concorso di un giornalista nella diffusione di idee razziste propuginate da un gruppo di estremisti.

<sup>159</sup> Così, N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L'abuso del diritto*, cit., p. 87. V. ancora, F. SUDRE-MARGUENAUDE, *Les grands arrêts de la Cour européenne*, cit., p. 62.

La norma (rubricata: «Deroga in caso di stato di urgenza») attribuisce allo Stato contraente la possibilità di introdurre limitazioni alle garanzie stabilite dalla Convenzione europea: ciò, in particolare, in ipotesi di guerra o di altro pericolo pubblico che metta a repentaglio la vita della nazione, se la situazione lo renda necessario e se tali restrizioni non entrino in conflitto con altri obblighi di diritto internazionale. Bisogna intendersi: limitazioni (ampiezza e rigore a parte) diverse da quelle già specificamente consentite dalla Convenzione (o riconosciute legittime dalla Corte europea in sede interpretativa). In ogni caso, non è ammessa deroga in relazione a taluni diritti esplicitamente previsti dall'art. 15, par. 2 (si parla di garanzie assolute quali il diritto alla vita, il divieto di tortura o di riduzione in schiavitù, o dell'irretroattività delle norme penali); in ogni caso, ove lo Stato intendesse applicare una qualche limitazione agli stessi, dovrebbe darne pronta informazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa, sia sul contenuto di dette limitazioni che sulle ragioni che le avrebbero determinate.

In alcune occasioni, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione da parte dello Stato Parte dell'art. 15 C.e.d.u.; premesso che spetta al Giudice sovranazionale valutare se la condotta dello Stato rientri nei limiti tracciati dalla disposizione richiamata (attraverso la valutazione di parametri quali l'entità del diritto toccato dalla restrizione, l'estensione temporale della limitazione, la discrezionalità che eventualmente abbia esercitato lo Stato nell'addurre tale limitazione), il nucleo concettuale ricavabile dalle pronunce in materia si riassumerebbe nell'esclusione della possibilità che lo Stato abbia un potere indiscriminato in materia di limitazioni delle garanzie della C.e.d.u.; diversamente, si correrebbe il rischio – ove non si tracciassero adeguatamente i confini di operatività dell'art. 15 – del venir meno della complessiva effettività dell'apparato normativo convenzionale<sup>160</sup>.

Va evidenziato che, in queste ipotesi, il comportamento abusivo dello Stato si manifesta come eccesso nell'esercizio del potere autoritativo. Detto altrimenti, se l'art. 15 C.e.d.u. espressamente facoltizza – alle condizioni eccezionali ivi previste – la pubblica autorità ad imporre delle restrizioni all'esercizio delle libertà stabilite dalla Convenzione, potremmo allora più propriamente parlare in questo caso di eccesso di potere, quale figura distinta dall'abuso del diritto.

In tali casi, la condotta statale concreta uno straripamento del potere esercitato dai confini “spaziali” imposti a livello normativo (situazione di urgenza), oltre che dalla finalità egualmente espressa (rimediare al pericolo per la vita della nazione). In questo senso, l'art. 15 C.e.d.u. è solo latamente prossimo all'idea sostanziale di abuso del diritto (così come di abuso del processo), elaborato nel sistema interno: in detta ultima prospettiva, infatti, matrice sociologica a parte, il divieto muove dalla necessità (si ripete) di mantenere la coerenza e la razionalità del sistema e, non da ultimo, di indirizzare “moralmente” l'esercizio dei diritti riconosciuti.

---

<sup>160</sup> Così, Corte europea dir. um., sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*; sentenza 26 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*; sent. 18 dicembre 2006, *Aksoy c. Turchia*.

L'art. 15, diversamente, ammette una restrizione ulteriore delle libertà dovuta ad eventi eccezionali che, proprio in quanto tali, confermano la "plasticità" delle garanzie: un'urgenza, insomma, c'è o non c'è; il rischio qui, per il tramite dell'abuso, è il diretto annullamento delle libertà ad opera dello Stato, non già l'impiego di un potere deviante dal suo scopo e che, indirettamente, comprime una libertà. Razionalità sistemica ed esigenze moralizzatrici, in sostanza, qui c'entrano relativamente: conta il rispetto fattuale dei diritti fondamentali, salvaguardandoli da un "abuso dell'urgenza", non da un impiego surrettizio.

Di tal guisa, l'accezione che all'interno dell'art. 15 verrebbe ad avere l'eventuale abuso statutale è quella di straripamento od eccesso del potere di deroga.

Le osservazioni svolte conducono immediatamente ad un punto. ~~In~~ ~~somma~~, l'art. 15 C.e.d.u. non inerisce propriamente al *genus* abuso del diritto, limitandosi a facoltizzare per via autoritativa delle restrizioni alle libertà in ipotesi eccezionali; l'art. 17, diversamente, costituisce la disposizione cardine, anche nei confronti dell'autorità, in materia di abuso. Lungi dal costituire norma speciale rispetto a quest'ultima, l'art. 15 è norma strutturalmente differente, volta a salvaguardare quei connotati minimi di civiltà giuridica e di rispetto dei diritti umani anche in situazioni esasperate quali la guerra od altro grave pericolo pubblico. Non si sovrappone dunque all'art. 17, non limitandone nemmeno l'applicazione od anche solo integrandola.

La domanda a tal punto è: con riferimento all'autorità, qual è la funzione ricoperta dall'art. 17 C.e.d.u.?

Per esemplificare: l'art. 10 C.e.d.u. sancisce la libertà di espressione del singolo, allo stesso tempo però prevedendo che tale diritto non vieta ad uno Stato di sottoporre l'esercizio delle imprese di radiodiffusione, cinematografiche e televisive ad un regime di autorizzazioni. Orbene, un eventuale abuso di tale potere di restrizione, al di fuori dei limiti imposti dalla norma (oltre che dalle interpretazioni della stessa offerte dalla Corte europea), non sarebbe un abuso/eccesso rientrante nell'art. 15, atteso che quest'ultimo si riferisce alle «misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione», suscettibili di adozione in presenza di peculiari contesti storico-fattuali (guerra o pericolo per la vita della nazione), ma più propriamente nell'alveo ben differente dell'art. 17 C.e.d.u.: nella fattispecie, esso vieterebbe allo Stato contraente di interpretare ed applicare la facoltà attribuitagli dalla norma al fine di annullarne di fatto contenuto ed effettività (soppressione sostanziale della libertà di espressione).

La conclusione circa i rapporti fra gli artt. 15 e 17 C.e.d.u. potrebbe riassumersi nel modo seguente: il primo limita le deroghe agli obblighi sanciti dalla Convenzione, di modo che qualsiasi abuso delle eventuali restrizioni (in ragione di pubblico interesse) che la Convenzione adduce nel disciplinare singolarmente un diritto od una libertà sarebbe vietato a norma del secondo. Soccorre, a ciò, anche la lettera dello stesso che, esplicitamente, vieta le distorsioni applicative delle garanzie anche ad opera degli Stati membri (sebbene si parli di «diritto» e non di

potere, ma – come già detto – l’aspetto terminologico non pare essere un ostacolo decisivo).

Detto ciò, possiamo passare agli abusi posti in essere dal singolo individuo.

In merito a tale aspetto, va richiamato l’art. 35, par. 3, lett. a) C.e.d.u.: è attribuito alla Corte il potere di dichiarare irricevibile un ricorso, presentato a norma dell’art. 34, qualora questo sia incompatibile con le disposizioni della Convenzione (o dei suoi Protocolli), manifestamente infondato od abusivo.

Come si intuisce subito, siamo di fronte ad una norma che specifica quanto in via generale espresso dall’art. 17: non ne condivide però la *ratio*. Se, infatti, si è detto che quest’ultimo muove dall’esigenza politica di contenere i rischi di derive autoritarie ed anti-democratiche negli Stati membri, l’art. 35, par. 3, lett. a) funge logicamente da meccanismo volto ad introdurre un filtro rispetto a quei ricorsi che manifestino un evidente distorsione del diritto del privato di presentare ricorso ai sensi dell’articolo precedente. Ove la volessimo “tradurre” secondo le categorie e le nomenclature affini al giurista domestico, potremmo dire che essa svolge una funzione del tutto analoga all’interesse ad impugnare (art. 568 comma 3 c.p.p.).

Siamo qui, pertanto, ad una funzione dell’abuso del diritto profondamente diversa sia da quella posta in luce in via generale con riguardo all’art. 17 C.e.d.u., sia da quella dell’abuso statutale (art. 15 C.e.d.u.).

Alla segnalata direttrice politica ed interpretativa insieme dell’art. 17 C.e.d.u., infatti, viene ad aggiungersi una connotazione dell’abuso del diritto (guardato nella prospettiva dell’esercizio abusivo del diritto al ricorso da parte del privato) quale strumento di cernita dei ricorsi ammissibili. Una funzione “economica”, quindi, volta ad evitare l’ingolfamento della macchina giurisdizionale, oltre che ad assicurare il discrimine fra le lesioni effettive di garanzie da quelle minimali od addirittura solo apparenti (o insussistenti).

D’altra parte, a differenza dell’art. 17, l’art. 35 par. 3 lett. a) C.e.d.u. menziona espressamente il lemma «abuso» (più correttamente: l’aggettivo «abusivo»), ponendo il problema di individuarne il significato.

In questo senso, la risposta che si ricava dalla giurisprudenza della Corte è del tutto analoga a quella riscontrabile nel sistema interno: rifacendosi agli elementi della teoria generale del diritto<sup>161</sup>, la connotazione che viene data è basata sul concetto di scopo dell’atto: *id est*, compimento di un atto per una finalità diversa da quella stabilita dalla legge o comunque da quella per la quale il diritto viene riconosciuto<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> In questo senso, N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L’abuso del diritto*, cit., p. 96.

<sup>162</sup> Così, Corte eur. dir. um., sent. 18 ottobre 2011, *Petrovic c. Serbia*. D’altra parte, il significato del termine «abuso», così come delineato dalla Corte, era stato già in precedenza negli stessi termini ricostruito alla luce delle regole di interpretazione generali sul diritto dei trattati poste dalla Convenzione di Vienna agli artt. 31 e 33, dove si afferma (art. 31, par. 1) che bisogna attribuire al testo normativo il senso ordinario ricavabile dal contesto all’interno del quale sono inserite, nonché dal contenuto e dalla finalità del disposto (Corte eur. dir. um., sent. 15 settembre 2009, *Mirolubovs e altri c. Serbia*).

In ogni caso – si premura di precisare la Corte di Strasburgo – siamo di fronte ad una misura di natura eccezionale (lasciando intendere che, salvo la manifesta abusività, vigerebbe una – per così chiamarla – presunzione di ricevibilità del ricorso del privato).

In generale, le situazioni in cui generalmente i Giudici sovranazionali erano ricorsi alla categoria in oggetto erano due.

In primo luogo, doveva riconoscersi la natura intrinsecamente abusiva del ricorso caratterizzato da allegazioni false, idonee ad ingenerare nella Corte un'errata rappresentazione della realtà dei fatti<sup>163</sup>. Così, va dichiarato irricevibile il ricorso con produzione di documenti falsificati; egualmente non ricevibile sarà il ricorso del privato nel quale venga omessa la precisazione di circostanze preesistenti alla proposizione, che siano necessarie per la decisione del caso; non da ultimo, va segnalata l'ipotesi della mancata comunicazione di circostanza sopravvenute alla presentazione del ricorso e che, al pari di quelle menzionate prima, risultano decisive per l'esame della Corte di Strasburgo (art. 47, par. 6 del Regolamento della Corte)<sup>164</sup>.

Diversa e, a ben vedere, meno intuitiva è la seconda categoria di casi in cui la Corte ha adoperato la clausola dell'art. 35, par. 3, lett. a) C.e.d.u.: l'uso nel ricorso di espressioni gravemente oltraggiose ed offensive nei confronti dello Stato coinvolto nella controversia, esorbitando dai limiti di una critica logica, vivace ma al contempo misurata e civile nel registro linguistico<sup>165</sup>.

In ogni caso, i due ordini di situazioni sopra riassunte non esauriscono le eventualità di ricorso abusivo, dovendosi esso ravvisare ulteriormente nell'ipotesi del ricorso “mediatico”. Ci si riferisce, in sostanza, al caso del privato che presenti ricorso al solo (o, comunque, prevalente) scopo di effettuare una propaganda politica, ecceda nelle dichiarazioni avanti i mass-media (quali la televisione o la stampa), manifestando un comportamento ingiustificabilmente privo di serietà e di contegno od irrispettoso verso il ruolo e la procedura della Corte<sup>166</sup>. Di fronte a questa ipotesi, non può che correre il riferimento a quanto visto nel capitolo precedente con riguardo al secondo polo di operatività dell'*abuse of process doctrine* nel sistema anglo-sassone: non si tratta, insomma, semplicemente di distorsione dei fini del processo della Corte europea (finalità meramente

---

<sup>163</sup> V. Corte eur. dir. um., sent. 30 marzo 2004, *Jian c. Romania*.

<sup>164</sup> Esemplicativamente, si vedano Corte eur. dir. um., sent. 27 giugno 1996, *Verbanov c. Bulgaria*; sent. 2 maggio 2006, *Kérétschachvili c. Georgia*; sent. 25 settembre 2007, *Hadrabová e altri c. Repubblica Ceca*. Peraltro, occorre che l'intento del ricorrente di indurre in errore la Corte europea sia provato: sent. 29 giugno 2006, *Nold c. Germania*.

<sup>165</sup> V. Corte eur. dir. um., sent. 11 gennaio 2007, *Di Salvo c. Italia*. Va anche precisato che, ad ogni modo, non potrà dichiararsi l'irricevibilità qualora il ricorrente, a seguito di ammonimento da parte della Corte in ragione delle espressioni minacciose ed ingiuriose contenute nell'atto introduttivo, abbia provveduto ad eliminarle o rettificarle (sent. 6 aprile 2006, *Tchernitsine c. Russia*).

<sup>166</sup> V. sul punto, Commissione, decisione 15 maggio 1980, *McFeeley e altri c. Regno Unito*; Corte eur. dir. um., sent. 22 maggio 2007, *Partito del lavoro georgiano c. Georgia*.

propagandistica), ma anche di una condotta che per la sua repressibilità sul piano etico conduce a gettare un intollerabile discredito sull'immagine di integrità morale del Giudice sovranazionale. Insomma, evidente è il punto di contatto fra l'impostazione della Corte di Strasburgo e la ricostruzione di *common law*, non sembrando nemmeno errato ipotizzare un'influenza della seconda sull'indirizzo ermeneutico della prima.

Per completezza, quindi, va indicata l'ipotesi della proposizione reiterata di ricorsi manifestamente infondati o, comunque, analoghi nel contenuto ad altro dichiarato irricevibile dai Giudici di Strasburgo. Anche qui, siamo di fronte ad un meccanismo di selezione dei ricorsi fondati da quelli evidentemente pretestuosi, tornando in mente la clausola-filtro che, nel sistema processuale italiano, è costituita dalla preclusione (v. *supra*: cap. I)<sup>167</sup>.

#### **(segue) 4. Un'accezione di «abuso» a sé stante: il concetto di «sproporzione»**

Come noto, il concetto di abuso, in sé, evoca l'idea di proporzione: indipendentemente dai termini di raffronto o sui quali il giudizio di proporzionalità si riversi, l'immagine di una condotta abusiva conduce immediatamente a quella di un travalicamento di limiti; in sostanza, ogni interesse egoistico (concetto entro il quale può racchiudersi con buona approssimazione il diritto soggettivo) comporta sempre un più o meno rilevante sacrificio di un pubblico interesse che, per dir così, viene a tollerare i "costi" che l'esercizio di quel diritto comporta. Abusare di un diritto, dunque, vuol dire addurre una compressione od un annullamento ingiustificabile di quell'interesse (pubblico) contrapposto. La proporzionalità, dunque, servirebbe a ciò: assicurare un'opportuna congruenza dei fini del diritto soggettivo, garantendone l'economica "sostenibilità" da parte del pubblico interesse.

Nel ricostruire il concetto di «sproporzione» del ricorso, quindi riconducendolo alla più ampia categoria dell'abuso, la Corte europea si è costantemente mossa nel raffronto di due sostanziali parametri: quello della lesione lamentata dal ricorrente (ed eventualmente subita), da una parte, e quello del risultato pratico preso di mira dal singolo, dall'altro (per esempio: la misura dell'indennizzo demandato in rifusione del pregiudizio patito).

Come si intuirà da subito, anche in questo caso l'approccio della Corte è eminentemente sostanzialistico, potendo addirittura definirsi "pratico": se, difatti, la lesione subita dovesse a seguito della proposizione del ricorso venire meno (in quanto, per ipotesi, oggetto di riparazione da parte dello Stato convenuto) e tale circostanza venisse taciuta dal ricorrente (art. 47 par. 6 del Regolamento della Corte), non si dovrebbe dubitare della natura abusiva del ricorso, in quanto la reiterazione della richiesta sarebbe manifestamente sproporzionata rispetto

---

<sup>167</sup> Commissione, decisione 15 ottobre 1987, *M. c. Regno Unito*.

all'effettiva situazione fattuale o, addirittura, del tutto priva di ragione per circostanze sopravvenute<sup>168</sup>.

In ogni caso, a scanso di equivoci, il giudizio di proporzionalità inerente alla proposizione di ricorso abusivo (art. 35, par. 3 lett. a) C.e.d.u.) va tenuto nettamente distinto dall'ipotesi descritta dal par. 3, lett. b) dell'art. 35, che concerne l'irricevibilità del ricorso per assenza di pregiudizio importante in capo al privato. Certo, all'atto pratico, sarà spesso difficile discernere il caso in cui vi sia totale assenza di pregiudizio (dove, dunque, vi sarà reiezione del ricorso ai sensi dell'ultimo disposto richiamato) da quello nel quale sussista ma, per fatti sopravvenuti omessi dal ricorrente, risulti venuto meno o comunque minimale rispetto alle richieste finali (da ritenersi manifestamente incongrue). Come è altrettanto chiara, per lo meno sotto il profilo concettuale, la linea di discriminazione fra le due ipotesi: il ricorso sarebbe abusivo per sproporzione quando il vizio di incongruità fra *petitum* e lesione subita (non semplicemente lamentata, ma di fatto insussistente *ab origine*) è dovuto a circostanze successive alla presentazione dell'atto introduttivo; l'altro caso, invece, riguarda la carenza originaria di lesione in capo al privato e, dunque, di sostanziale violazione da parte dello Stato membro.

Il senso pratico, nondimeno, suggerisce di essere di fronte ad un'applicazione della nozione di abuso a due situazioni le quali, benché in momenti differenti (*ab origine* ed *ex post*), manifestano egualmente una distorsione del diritto di proposizione del ricorso. Cambiano i termini, alla resa dei conti, di diagnosi dell'abuso: la sproporzione, in un caso; il difetto di un elemento essenziale del ricorso (lesione patita, interesse effettivo originario alla formulazione dell'atto introduttivo), nell'altro.

Conclusivamente, in relazione all'abuso da parte del privato del diritto riconosciutogli dall'art. 34 C.e.d.u., si possono trarre due macro-categorie di manifestazioni abusive: abuso del ricorso ed abuso della procedura<sup>169</sup>.

Ricorrerà la seconda, evidentemente, nell'ambito dell'abuso per «sproporzione», quando un ricorso, originariamente (diciamo così per sintetizzare) fondato, per fatti sopravvenuti cessa di esserlo. Qui il singolo abusa della procedura convenzionale, distorcendone taluni strumenti procedurali o, comunque, omettendo di ottemperare ad alcuni obblighi (si guardi a quelli di comunicazione imposti dal Regolamento della Corte).

Diversamente, avremo abuso del ricorso nelle altre ipotesi: volendo evocare un parallelismo concettuale, qui si ha abuso dell'azione o, se si vuole, impiego surrettizio dell'atto introduttivo.

---

<sup>168</sup> In questi termini, si vedano le pronunce: Corte eur. dir. um., 23 agosto 2011, *Basileo c. Italia*; sent. 11 ottobre 2011, *Cretella c. Italia*; 12 ottobre 2011, *Di Gennaro c. Italia*; sent. 19 gennaio 2010, *Bock c. Germania*; 23 novembre 2010, *Dudek c. Germania*.

<sup>169</sup> N. LETTIERI-G. MARINI-G. MERONE, *L'abuso del diritto*, cit., p. 107.

## 5. L'art. 17 C.e.d.u. come norma di sistema e diritto fondamentale?

Possiamo adesso tornare sul quesito centrale.

Si è detto che l'art. 17 nasce con un intento precipuamente politico, ossia quello di evitare la rinascita in Europa dei totalitarismi; ad essa, si è affiancata quella di strumento di misura (per dir così) della meritevolezza di tutela della lesione lamentata dal singolo, quando la stessa in realtà costituiva una reazione dell'ordinamento nazionale all'impiego di una garanzia in senso liberticida.

Ma si è altresì messa in luce la possibilità di una diversa opzione ricostruttiva, ossia quella di un'ulteriore funzione della disposizione in commento: un utilizzo della stessa come strumento concreto di repressione degli abusi statuali posti in essere a carico dell'individuo, di guisa che siano riconosciuti, da una parte, un effettivo diritto per il privato alla presentazione di ricorso in ipotesi di abuso del potere da parte dello Stato membro e, specularmente, la giurisdizione della Corte europea in dette situazioni. In sostanza, la chiave ricostruttiva a cui si mirerebbe sarebbe quella per la quale l'art. 17 C.e.d.u. costituirebbe, al pari degli articoli precedenti che individuano il catalogo dei diritti inalienabili della persona umana, una vera e propria ulteriore garanzia fondamentale, direttamente invocabile dal singolo avanti la giurisdizione internazionale.

Ma se si può dire ciò, ne viene immediatamente un precipitato: l'impostazione in commento, infatti, condurrebbe ad una (se così vogliamo chiamarla) eterogenesi dei fini dell'art. 17 C.e.d.u. giacché, ove si ammettesse una simile funzione, che va ad aggiungersi a quella tradizionalmente ad esso ricondotta e che trae origine dalla sua stessa genesi, si dovrebbe ulteriormente riconoscerne la natura di norma prescrittiva e sanzionatoria ad un tempo (o, per meglio dire, provvista di tutela specifica). Con maggiore sforzo di chiarezza: se la norma in oggetto si affianca a quelle del Titolo I della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con ciò assolvendo alla funzione di vera e propria disposizione di garanzia speculare a quelle altre disciplinanti un diritto od una libertà fondamentale di cui si vieta un ripiegamento liberticida, si dovrebbe riconoscere alla Corte europea piena giurisdizione a norma degli artt. 34 e ss., ovvero di accertare eventuali violazioni derivanti da abusi statuali ricadenti nell'alveo di operatività dell'art. 17 C.e.d.u. e, di conseguenza, di imporre allo Stato autore della violazione un adeguamento a norma dell'art. 46.

L'idea sarebbe suggestiva, ad un primo sguardo; purtroppo, non si esime da un'analisi di fondo diretta a vagliarne, da una parte, l'effettivo valore aggiunto che discenderebbe da una sua configurazione nei predetti termini; dall'altra, se l'impostazione proposta condurrebbe a verificare una intollerabile distorsione interpretativa del disposto, così "snaturandone" finalità e *ratio* precipue, se non addirittura prospettando un meccanismo in totale antitesi con la volontà del legislatore convenzionale.

Ora, con riguardo al primo polo di riflessione introdotto, non vi dovrebbe essere alcun dubbio sul valore aggiunto che si trarrebbe da un'impostazione dell'art. 17

secondo la modalità prospettata: in questi termini, la disposizione adempirebbe la funzione che, nell'ordinamento nazionale, rivestirebbe la clausola dell'«abuso del diritto», fungendo pertanto da “valvola” di apertura e di chiusura del sistema, ad un tempo, rispetto alle disposizioni che sanciscono in via primaria il contenuto di una garanzia; in sostanza, la funzione che se ne ricaverebbe sarebbe quella di estensione e di completamento delle libertà enunciate, scongiurandone un possibile sviamento – nella presente prospettiva – per via autoritativa.

D'altronde, ove l'art. 17 C.e.d.u. restasse confinato alla dimensione di mera affermazione di principio, ossia come ideale prevenzione del pericolo di nuovi regimi totalitari, ovvero come strumento di misura del carattere surrettizio o meno dell'esercizio di un diritto fondamentale da parte del privato, senza un concretizzarsi della tutela attraverso il presidio giurisdizionale nella direzione di segno opposto, data dall'abuso ad opera dell'autorità verso il singolo, si minerebbe consistentemente l'effettività delle garanzie protette della Convenzione, oltre a giungere – di fatto – ad una lettura indebitamente ristretta del disposto che, come già detto, vieta non solo l'abuso dell'individuo, ma anche del governo e delle autorità pubbliche. Detta diversamente, le libertà convenzionali riceverebbero tutela di fronte ad una violazione (per modo di dire) diretta e non, invece (ipotesi certamente non meno insidiosa), rispetto ad una lesione indiretta o surrettizia, ossia tramite un travalicamento da parte dello Stato dei limiti convenzionali all'esercizio delle garanzie.

Con riguardo al secondo aspetto, invece, se cioè tale impostazione si ponga in irriducibile contrasto con lo spirito della Convenzione europea, dovrebbe ragionevolmente escludersi tale dubbio.

È vero: la ricostruzione in commento eccede lo scopo originario del disposto in parola; ma non sembra che un'eventuale “integrazione” funzionale nei termini sopra illustrati possa condurre ad uno sfasamento o ad una distorsione dell'apparato convenzionale complessivo, contribuendo anzi ad un rafforzamento della sua effettività ed innalzandone lo *standard* di tutela. Insomma, la funzione “pratica” dell'art. 17, nella configurazione che si propone, si sintetizzerebbe nei seguenti termini: di massima, ogni libertà sancita dalla Convenzione europea prevede limiti di esercizio che, in sostanza, corrispondono ad interessi collettivi con i quali la garanzia soggettiva viene a controbilanciarsi e di fronte ai quali, a determinate condizioni, potrebbe di fatto cedere. L'art. 17 C.e.d.u., nell'impostazione avanzata, preverrebbe il pericolo di un abuso della prevalenza di quegli interessi collettivi o pubblicistici sulla libertà individuale, sancendo la tutela dell'individuo da tale distorsione applicativa.

Certamente, un (sia pur breve) *excursus* storico circa le evoluzioni interpretative succedutesi in seno alla giurisprudenza di Strasburgo potrebbe rendere contezza delle problematiche sottese all'inquadramento in analisi dell'art. 17.

Uno sguardo alle pronunce nelle quali la Corte europea, direttamente od indirettamente, ha dovuto confrontarsi con la clausola *de qua* mostra, sotto un primo profilo, una certa cautela (se non addirittura ritrosia) all'invocazione della

medesima come strumento per stigmatizzare i comportamenti concretizzanti un abuso dell'esercizio di talune garanzie individuali; dall'altro lato, si percepisce "in filigrana", nel testo di alcune pronunce, la volontà dei Giudici sovranazionali di superare la tradizionale collocazione della norma nella dimensione "politica" più volte evidenziata, per tentare di ricondurla a quella più pregnante di disposizione autonomamente provvista di protezione sostanziale (dall'abuso del diritto) e giurisdizionale.

Se si vuole, a voler riassumere i termini della *querelle* interpretativa che ha riguardato le pronunce in commento, lo scenario che è emerso ha oscillato dalla negazione della ricorrenza dell'abuso per insussistenza dei requisiti previsti sul punto dalla Convenzione all'art. 17<sup>170</sup>, alla omessa valutazione della violazione dell'abuso del diritto (prospettata nel ricorso)<sup>171</sup>, sino all'affermazione dell'irrelevanza della clausola in quanto, più propriamente, il caso *a quo* denotava un manifesto travalicamento da parte dell'individuo dei limiti stabiliti da una libertà nello specifico e, dunque, una violazione diretta dell'art. 17<sup>172</sup>.

La giurisprudenza richiamata avrebbe mostrato quindi un uso – espresso od implicito, non importa – della disposizione in analisi quale possibile strumento, invocato dallo Stato convenuto, per negare al privato la tutela prevista da una libertà della Convenzione, qualora questi avesse esorbitato dai limiti del corretto esercizio di un diritto all'interno di una società democratica.

Certamente, dal punto di vista testuale, tale modulazione ermeneutica è ammessa dall'art. 17, che bandisce l'abuso del diritto sia da parte dello Stato, che di un gruppo o di un individuo. Ma si tratta, altrettanto evidentemente, di un impiego interpretativo limitato, che potrebbe ricevere una più ampia implementazione pratica.

In effetti, il testo dell'art. 17 rivela un'ambiguità di fondo che, ove ben guardata, si concretizza in una contraddizione interna: da una parte, infatti, proibisce tutti quegli atti di individui o gruppi che si risolvano in azioni liberticide, ossia contrarie allo spirito delle libertà della Convenzione e, dunque, in aperta antitesi con il substrato inattuabile dei valori di una società democratica<sup>173</sup>; dall'altra, rivela l'intento di vietare condotte statuali capaci di comprimere indebitamente gli spazi di operatività delle garanzie coperte dal testo sovranazionale, come ad esempio (ipotesi che comunque non esaurisce le possibilità di manifestazione

---

<sup>170</sup> In questo senso, si richiamo le pronunce: Corte eur. dir. um., Grande Camera, sent. 23 settembre 1998, *Lehideux e Isorni c. Francia*; Grande Camera, sent. 30 gennaio 1998, *Partito comunista unico turco c. Turchia*.

<sup>171</sup> Corte eur. dir. um., sent. 28 agosto 1986, *Glaserapp c. Repubblica Federale Tedesca*; sent. 28 agosto 1986, *Kosiek c. Repubblica Federale Tedesca*; sent. 26 settembre 1995, *Vogt c. Germania*.

<sup>172</sup> V. a tal riguardo, Corte eur. dir. um., Grande Camera, sent. 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*; nello stesso senso, in seguito: sent. 15 gennaio 2009, *Orban e altri c. Francia*.

<sup>173</sup> Così, S. BARTOLE – G. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 456 e ss.

nella prassi) il varo di legislazioni introduttive di restrizioni oltre i limiti (espressi o ricavati in via interpretativa) fissati dalle norme convenzionali<sup>174</sup>.

Ora, l'idea di arrestarsi ad una lettura della disposizione secondo una chiave esclusivamente politica o, comunque, unicamente impostata come argine all'azione di individui o gruppi eversivi (lettura alla quale vi sarebbe in verità sottesa una dichiarazione di impotenza verso l'avversario (ben più potente del privato) delle libertà democratiche, ossia l'autorità pubblica), sarebbe operazione "euristicamente" povera, che priverebbe di effetto concreto ed utile la disposizione.

D'altra parte, come sembrerebbe corretto, l'impiego dell'art. 17 in un'unica tendenziale direzione, data dal contrasto di quei comportamenti del privato che si risolvano in un attentato alle libertà democratiche di cui lo stesso lamenti la violazione e, pertanto, come strumento nelle mani del Governo resistente per avversare le doglianze del ricorrente, non solo costituisce applicazione "amputata" dell'art. 17 C.e.d.u. (che, si ripete, fa riferimento anche ai comportamenti dello Stato), ma si pone in contrasto con lo spirito di fondo della stessa Convenzione europea, diretta a concepire un nucleo di garanzie minime ed irrinunciabili per il singolo, insuscettibili di aggressione, diretta od indiretta, da parte dell'autorità.

Senza mezzi termini, si potrebbe dire: la Convenzione nasce per i "deboli", non già per i "forti"<sup>175</sup>. Non a caso, difatti, si è sottolineato che il pericolo di compressione delle libertà fondamentali è ricollegabile, per definizione, agli atti dell'autorità<sup>176</sup>.

Lo stesso tenore letterale della norma spingerebbe verso una simile impostazione, dovendosi in tal senso rammentare il divieto di interpretare la Convenzione «nel senso di comportare il diritto di uno Stato... di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione». Per non parlare, poi, del fatto che un'impostazione ermeneutica, limitata alla sopra rappresentata direzione, rischierebbe di sovvertire il noto rapporto fra libertà (regola) e limitazioni della stessa (eccezione) di cui il testo convenzionale si fa primario portavoce: eccessivamente elastiche ed ampie, infatti, sono le accezioni ricollegabili alla difesa dei principi di una società democratica, rischiando di consegnare ai Governi degli Stati membri un facile *escamotage* atto a giustificare indebite compressioni delle garanzie protette.

Insomma, se proprio si vuole estendere il discorso, si potrebbe forse giungere ad ipotizzare la sostanziale inutilità o, comunque, il carattere fuorviante del divieto di abuso posto dall'art. 17 C.e.d.u. in capo all'individuo: se, difatti, le singole

---

<sup>174</sup> In questo specifico senso, v. sempre S. BARTOLE – G. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., p. 457.

<sup>175</sup> In tale direzione, v. P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 1085.

<sup>176</sup> Così, per una valenza sistematica dell'art. 17, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Fac St Louis, 2001, pp. 396 e ss.

disposizioni disciplinanti le libertà prevedono, ad un tempo, limitazioni all'esercizio delle medesime, altro non introducono specularmente se non una potestà in capo allo Stato aderente di operare restrizioni a quelle libertà, proprio al fine di proteggere quegli interessi pubblicistici che si cristallizzano nella necessità di conservare lo "statuto" democratico; di guisa che la canonizzazione del divieto di abuso del singolo individuo rischierebbe, a ben vedere, di legittimare una (seppure inaspettata) insidiosa ricostruzione interpretativa: quella di consentire allo Stato restrizioni alle libertà maggiori o, comunque, diverse da quelle stabilite dalle singole disposizioni.

In effetti, non sono mancati i tentativi da parte della Corte di ricollegare all'art. 17 il significato di divieto di abuso statale<sup>177</sup>.

Alla resa dei conti, allora, quale sarebbe l'effettiva utilità di una ricostruzione interpretativa per la quale l'art. 17 C.e.d.u. non fosse limitato ad una portata esclusivamente "politica", né vieterebbe unicamente le condotte del privato tese ad un sovvertimento dei valori fondamentali di una società democratica, ma anche quelle di abuso dell'autorità che travalichi i limiti (per dir così) logici od ontologici delle garanzie della Convenzione?

Ad ogni evidenza, la funzione concreta di una simile impostazione dovrebbe essere quella di legittimare, quando non addirittura imporre all'interno degli ordinamenti nazionali, in considerazione della cogenza delle libertà sancite dalla normativa sovranazionale, un divieto generale di abuso delle limitazioni inerenti all'esercizio delle garanzie convenzionali. Sicché, l'operazione interpretativa che sarebbe razionalmente legittimata dalla disposizione in parola sarebbe che, allo stesso modo in cui è fatto divieto al singolo di compiere atti che si risolvano in un attentato alle libertà democratiche protette dalla Convenzione, così allo Stato sarebbe vietato di imporre restrizioni alle libertà della Carta più ampie di quelle espressamente previste o di compiere atti che, benché formalmente integranti esercizio di una potestà consentita dal legislatore sovranazionale, di fatto si risolvano in uno sviamento di funzione delle predette restrizioni, quindi in un abuso. In sostanza, funzione dell'art. 17 sarebbe quella di consentire l'introduzione nell'ordinamento nazionale di un divieto generale di abuso in capo allo Stato, quando questo ha esercitato la propria interferenza nel godimento dei diritti

---

<sup>177</sup> Per una prima pronuncia fondamentale in tal senso, benché reiettiva dell'istanza del ricorrente di applicazione diretta contro lo Stato convenuto dell'art. 17, v. Corte eur. dir. um., sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*. Qui, la Corte respinge la doglianza del ricorrente, secondo cui lo Stato aveva travalicato le limitazioni al diritto all'equo processo scaturenti dall'art. 6, sulla scorta del fatto che tale ultima disposizione non consacrerrebbe espressamente (come invece prospettato dal ricorrente) un diritto di accesso alla giustizia, non per la evidente inconferenza dell'art. 17 invocato. Pronuncia, quindi, che sarebbe stata seguita nelle successive: sent. 18 gennaio 1978, *Irlande c. Regno Unito*; sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*; più di recente: sent. 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*.

individuali secondo modalità o comunque oltre quanto legittimato dalla Convenzione<sup>178</sup>.

D'altronde, i termini del ragionamento non mutano affatto ove comunque si richiamasse il concetto del necessario presidio della democrazia liberale: vero è che l'art. 17 costituisce un principio generale della Convenzione<sup>179</sup>, e così anche che «la democrazia è un requisito fondamentale dell'ordine pubblico europeo»<sup>180</sup>; ma come si potrebbe ipotizzare la protezione di un sistema valoriale, qual è quello di una società liberal-democratica, ove il divieto di abuso non valesse in primo luogo per colui (lo Stato-autorità) che è maggiormente in grado di produrre le derive autoritarie così come le compressioni delle libertà fondamentali? Non a caso – sembrerebbe di poter aggiungere –, lo stesso Preambolo alla Convenzione europea dei diritti umani, con riguardo alla necessità della creazione delle condizioni essenziali per il rispetto dei diritti della Convenzione, fa primario ed esclusivo riferimento agli Stati europei, in quanto «risoluti a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universali». Il che, in buona approssimazione, tradurrebbe in termini pratici quella che sarebbe l'intima essenza dell'«abuso del diritto»: la capacità di porre in evidenza lo straripamento realizzato dal governo convenuto nell'adottare la singola misura di compressione della libertà<sup>181</sup> che, ad ogni buon conto, concretizzerebbe altresì uno sviamento funzionale del potere statale di applicare restrizioni alle garanzie convenzionali.

E, si badi, saremmo comunque al di fuori dell'area di copertura dell'art. 18 C.e.d.u. che, come noto, vieta l'imposizione di restrizioni alle libertà convenzionali per fini diversi da quelli per cui sono previsti dal testo normativo.

Scarsa applicazione del disposto a parte, siamo di fronte ad un divieto che impone allo Stato contraente di mantenere le compressioni dei diritti della Convenzione nell'alveo delle finalità esplicitamente ammesse dalle singole norme attributive delle garanzie: dunque, come correttamente osservato, la previsione in oggetto non sarebbe idonea a fondare un presidio, né tanto meno un diritto od una libertà a sé stante, avendo «*a non-autonomus, supplementary character*»<sup>182</sup>. Del resto, il vincolo teleologico prescritto dall'art. 18 è riferito alle modalità pratiche attraverso le quali i diritti della Convenzione troveranno attuazione negli Stati

---

<sup>178</sup> In questo senso, v. D. HARRIS – M. O'BOYLE – D. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2003, p. 650.

<sup>179</sup> P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice*, cit., p. 1084.

<sup>180</sup> Corte eur. dir. um., Grande Camera, sent. 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*.

<sup>181</sup> S. BARTOLE – G. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 573.

<sup>182</sup> Così, esplicitamente, D. GOMIEN – D. HARRIS – L. ZWAAK, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, 1996, p. 526. Del resto, si ripete, la disposizione ha ricevuto un'applicazione pressoché nulla, assestandosi – anche presso la giurisprudenza emersa in materia – più come previsione “ancillare” rispetto a quelle dispositive delle singole libertà, oltre che affermazione di principio (Comm. eur. dir. um., dec. 14 luglio 1974, *Kamma c. Paesi Bassi*).

membri; modalità pratiche che, come si intuisce, sono estremamente variabili in ragione delle specificità del sistema nazionale prescelto ed, ancora, concretamente da individuare e da delimitare nella loro portata<sup>183</sup>. D'altra parte, sviamento dei fini (se così vogliamo chiamarlo) è cosa ben diversa dalla locuzione, ben più ampia e più pregnante, dell'«abuso del diritto» (art. 17 C.e.d.u.): premesso che anche in tale ultima espressione, come noto, sarebbe concettualmente ricompreso il divieto di “distrazione di un istituto dai propri fini” (in ciò quindi, forse, emergendo ulteriormente il carattere pleonastico dell'art. 18), occorre ulteriormente porre in luce la maggiore ampiezza del divieto imposto dalla prima disposizione e, perciò, la nettamente maggiore capacità pratica del comando ivi contenuto. Se, difatti, l'art. 18 suonerebbe a tutti gli effetti più come una direttiva etica verso gli Stati membri, di fronte alle eventuali restrizioni dei diritti consentite dalla Convenzione, l'art. 17 diversamente prescrive un chiaro ed esplicito divieto di atti o comportamenti: una disposizione della Convenzione non potrà essere interpretata od applicata in modo tale da comportare compressioni maggiori alle libertà di quelle espressamente ammesse.

#### **6. Il dogma dell'«equità» (art. 6 C.e.d.u.) canalizzato dalle spinte sovranazionali: rapporti con l'art. 17 C.e.d.u.?**

Le premesse concettuali sopra svolte ci conducono ad affrontare direttamente il nucleo centrale del presente lavoro: se davvero la Convenzione europea (art. 17) impone un divieto di abuso del diritto in termini e che detto divieto vale anche con riferimento agli Stati membri, impone specularmente un divieto di abuso del processo? Difatti, posto che l'abuso del diritto disciplinato dall'art. 17 dovrebbe intendersi, in quanto riferito all'autorità, più correttamente come abuso di un potere, così in ambito processuale saremmo di fronte all'idea di un abuso – in senso ampio – della potestà di persecuzione penale.

Non può essere chiaramente questa la sede per soffermarsi sull'analisi di quello che costituisce il “decalogo” o lo “statuto” del processo equo contenuto nella Convenzione europea dei diritti umani (art. 6): basti qui il rilievo di massima per cui la norma disciplina un corpo di garanzie fondamentali vevoli per il processo in generale (par. 1), quindi per il processo penale in particolare (par. 2 e 3).

Orbene, come noto, la previsione in parola enuncia – si ripete – un catalogo di garanzie essenziali all'interno della procedura penale, al contempo esplicitando (grazie anche all'integrazione ermeneutica svolta dalla Corte europea) i limiti eventuali a cui le stesse soggiacciono.

Un aspetto va preliminarmente chiarito: nell'ambito di un'operazione ricostruttiva svolta in seno all'apparato convenzionale, la dimensione entro la quale sarebbe eventualmente possibile elaborare una clausola ampia di abuso processuale (divieto) sarebbe di tipo garantistico.

---

<sup>183</sup> S. BARTOLE – G. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., p. 469.

Ragioni non affatto diverse, infatti, da quelle rappresentate in precedenza con riguardo all'art. 17, incentrate sulla preponderante capacità "abusiva" dell'autorità rispetto a quella posseduta dal singolo, portano a convergere in tale direzione; anzi, di fronte all'art. 6 C.e.d.u., detta dimensione è imposta dalla sua stessa struttura (oltre che dalla lettera), per non parlare poi dell'impostazione sistematica che caratterizza la Convenzione europea: ci si riferisce espressamente all'«accusato», infatti, come destinatario delle garanzie addensate nella disposizione di riferimento. Sicché, un'eventuale lettura dell'art. 6 "in combinato" con l'art. 17, avente di mira la possibilità di ricostruzione di un generale divieto di abuso processuale, comporterebbe in capo allo Stato membro l'obbligo di dotarsi – per dirla in termini generali – degli opportuni strumenti (legislativi e/o interpretativi) di rimedio ad una sua violazione. In sostanza, se l'ipotesi di un divieto di abuso del processo secondo il predetto paradigma prospettico dovesse essere fondata, la clausola non potrebbe che avere come destinatario unicamente l'autorità statale: *id est*, l'organo d'accusa.

Alcuni punti di contatto, per così dire, fra la categoria generale dell'*abuse of process doctrine* e il "decalogo" dell'equità stabilito dall'art. 6 C.e.d.u. sono stati posti in luce nel capitolo precedente: esemplificativo, in questo senso, è il caso dell'*entrapment*, dove la condotta istigatrice dell'agente sotto copertura, quando ha determinato taluno alla commissione di un reato che non avrebbe altrimenti commesso, comporta un'intollerabile compressione dei diritti dell'accusato, producendo un sensibile disequilibrio dell'antagonismo processuale, di guisa che le probabilità originarie di condanna sopravanzano a dismisura quelle di assoluzione. Ma è un discorso, logicamente, che può benissimo estendersi alla problematica della ragionevole durata della procedura (art. 6, par. 1 C.e.d.u.): chiaramente, gli strumenti di reazione a tale disfunzionalità sistemica sono diversi a seconda dell'ordinamento nazionale e l'*abuse of process discretion* costituisce solo uno dei possibili rimedi giurisdizionali adoperabili. A voler sintetizzare: la dottrina anglosassone, oggetto di analisi nel pregresso capitolo, costituisce una sostanziale risposta al problema della tenuta dell'equità procedurale.

Sarebbe proprio questo insomma il punto di contatto: abuso del processo (secondo la ricostruzione operata nel sistema anglo-gallese) ed equità (art. 6 C.e.d.u.) sono intimamente legati, essendo chiaro – viene da dire così – che la condotta di parte, ove caratterizzata dal surrettizio impiego di una facoltà processuale, quando non addirittura del processo in sé, è capace di alterare gli equilibri di fondo che dovrebbero idealmente presiedere alla celebrazione di un processo penale «equo». Saremmo qui, pertanto, al di fuori di una direttrice tendenzialmente etica, già oggetto di considerazioni in precedenza (*retro*: Cap. I), tesa ad imporre un'istanza moralizzatrice della giustizia penale e volta al recupero di un'ortodossia etica degli operatori giudiziari. Il "metro" per la misura dell'equità del processo penale, anche calato nella prospettiva dell'abuso, verrebbe dato dalle garanzie declinate dall'art. 6 che, a ben guardare, si risolvono nelle condizioni minime ed irrinunciabili alle quali l'imputato è in grado di svolgere

un'efficace difesa nel proprio processo, quindi: a condizioni di sostanziale parità con l'accusa.

Così, l'eccessivo ritardo nell'esercizio dell'azione penale può comportare la perdita di contributi probatori che, altrimenti, avrebbero condotto con ragionevole probabilità al proscioglimento dell'imputato; l'*entrapment* (a voler "brutalmente" sintetizzare) dà il via ad un processo che diversamente non avrebbe avuto luogo, e via dicendo. Né ci si può arrestare a tali ipotesi esemplificative, essendo – come detto più volte – insuscettibili di esaurirsi in un numero chiuso le manifestazioni di abuso processuale.

A conti fatti, allora, il reale interrogativo dovrebbe essere un altro: quello, cioè, se l'art. 6 C.e.d.u., unitamente all'art. 17, comporti un divieto generale di abuso del processo che, indipendentemente dalla condotta nella quale singolarmente si materializzi, abbia l'effetto di compromettere la complessiva equità della procedura secondo gli *standard* fissati dal testo convenzionale.

La conseguenza di un'eventuale risposta affermativa avrebbe riflessi di indubbio rilievo: in tal caso, infatti, non saremmo più di fronte alla valutazione della possibilità di operare un "travaso" giuridico da un ordinamento processuale (anglo-gallese) ad un altro (italiano); si tratterebbe di individuare un preciso obbligo di tutela in capo agli Stati membri di matrice sovranazionale che, quindi, produrrebbe il dovere di adeguamento in sede interna. Ciò indipendentemente, si badi, dalla soluzione tecnica per cui si optasse in concreto, in ipotesi di successiva introiezione della congetturata clausola di divieto. Il punto nevralgico, infatti, riposerebbe sull'idea di trarre dagli artt. 6 e 17 C.e.d.u. un divieto di abuso processuale, posto in essere ai danni dell'imputato che, per l'effetto conseguente, potrebbe legittimare la proposizione di ricorso e la tutela giurisdizionale avanti la Corte europea.

È uno schema sillogistico che potrebbe essere così riassunto: il divieto di abuso del processo come vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo, che verrebbe violato nella circostanza in cui l'autorità, esorbitando dai limiti posti dall'art. 6, giungesse a darne un'applicazione od un'interpretazione manifestamente contraria al suo spirito o, comunque, conducente all'annullamento od alla compressione delle garanzie al di sotto dello *standard* minimo fissato.

Si tratterebbe di una ricostruzione certamente ardita, se non altro per le conseguenze in seno agli ordinamenti giuridici nazionali di cui sarebbe gravida; ma, ad ogni buon conto, non parrebbe nemmeno del tutto fuori dagli schemi.

Sulla necessità logico-pratica dello strumento "abuso del processo" (meglio: del divieto) si è già ampiamente detto; indipendentemente dagli ostacoli di fronte ai quali la categoria in oggetto possa imbattersi, normativi in primo luogo (si pensi alla legalità processuale), esso manifesta con palmare evidenza come la pratica, sia per la tutela di esigenze di sistema che di segno garantistico, tende a superare il rigore delle forme astratte.

E sono esigenze, a ben guardare, alle quali non si sottrae nemmeno l'apparato convenzionale: posto di fronte al bisogno di assicurare un giusto punto di

equilibrio fra l'interesse collettivo alla persecuzione penale e le garanzie soggettive (in ciò, in sostanza, si regge la dialettica Stato-individuo che si registra all'interno dell'art. 6), l'abuso del processo svolgerebbe la funzione (pare proprio inevitabile) di offrire una tutela "convenzionale" al singolo per quelle situazioni di abuso dell'autorità, in sede processuale, tese a sviare il processo penale dal canone equitativo; insomma, anche qui, la funzione della clausola non sarebbe affatto diversa da quella già ipotizzata in precedenza con riguardo al sistema interno: di chiusura del sistema, assicurando la tenuta dell'equità procedurale oltre le "trame" scritte, potenzialmente non esaustive, della Convenzione europea.

Invero, è un'operazione che non dovrebbe sorprendere più di tanto, atteso che il prepotente ingresso delle normative sovranazionali (europea e convenzionale in primo luogo) ci ha per lo meno da alcuni anni abituato alle (per così chiamarle) "rotture degli schemi", conducendoci spesso, oltre che alla modifica del sistema interno per via legislativa, ad un'emenda dei consueti moduli ermeneutici, anche ponendo in discussione postulati di sistema in precedenza considerati intangibili (e i percorsi giurisprudenziali interni in materia di risoluzione e tenuta del giudicato penale sono paradigmatici). Alla resa dei conti, si ripete, la pratica sorpassa la teoria.

Non pare, dunque, di potersi logicamente escludere la possibilità di desumere un divieto di abuso del processo all'interno degli artt. 6 e 17 C.e.d.u.; la cui funzione, oltre ogni astratta congettura, dovrebbe essere quella di garantire una salda e più effettiva tenuta del principio di equità sancito dalla Convenzione.

### **7. L'Abuse of Right nello scenario Ue: l'art. 54 della Carta di Nizza.**

Come si anticipava, è un concetto al quale non è estraneo nemmeno il diritto dell'Unione europea.

Un'indagine anche su questo versante è doverosa, in considerazione anche della rilevanza che esso ha assunto nei confronti dell'ordinamento domestico (se si vuole, con un livello di penetranza ben maggiore di quello che caratterizza la Convenzione europea dei diritti umani, la quale – presumibilmente – è destinata ad essere "conglobata" nel diritto dell'Unione per effetto della futura adesione di questa al Consiglio d'Europa).

Ad ogni modo, il ruolo di catalizzatore dell'Unione europea rispetto alle frontiere (per dir così) dei "nuovi" diritti, così come di propulsione verso innovative forme di tutela di diritti e libertà già esistenti, renderebbe, per lo meno sotto il profilo logico e pratico insieme, la categoria in commento necessitata anche in seno allo scenario normativo dell'Unione, quale strumento di controllo, ad un tempo, di esercizio dei diritti soggettivi (quindi, anche di contenimento dei medesimi entro i fini "comunitari") e di garanzia della certezza e della prevedibilità del diritto europeo<sup>184</sup>: in questo senso, nell'ordinamento giuridico

---

<sup>184</sup> M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, pp. 69 e ss.

europeo, caratterizzato dalla libera circolazione dei diritti e dalla (tendenziale, non valida per tutte le fonti) diretta applicazione all'interno degli Stati membri della legislazione comunitaria, l'abuso del diritto svolge l'importante funzione di "collante" teleologico, rispetto agli obiettivi dell'Unione, delle libertà promosse dal sistema e, al contempo, porrebbe le basi per la delimitazione concreta dei confini di esercizio di una prerogativa individuale all'interno di un territorio multinazionale (funzioni queste, dell'abuso del diritto, implementate attraverso la prassi giurisprudenziale, come si vedrà a breve).

Ad ogni modo, disposizione basilare in materia è data dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000:

*«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».*

Il disposto, come si noterà subito, ricalca il testo dell'art. 17 C.e.d.u.

Chiaramente, si tratta di una disposizione di principio che, come tale, va coordinata con quelle altre previsioni di dettaglio innervate dalla clausola di divieto in oggetto.

Va detto, infatti, che l'abuso del diritto – origine giurisprudenziale a parte, come si vedrà a breve – è presente all'interno di numerosi settori della legislazione europea: il ricongiungimento familiare ed il diritto di soggiorno; le importazioni ed esportazioni di prodotti agricoli; la prestazione di servizi televisivi<sup>185</sup>. Disposizioni che, anche se ognuna connotata da peculiarità derivanti dal settore economico (in linea generale) al quale accede, mostrano tutte una convergenza verso un divieto diretto a tenere in piedi la razionalità del sistema e la certezza del diritto.

È questa, infatti, una funzione che emerge direttamente dalle trame delle pronunce della Corte di Giustizia; solo per rendere qualche esempio, i Giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di chiarire che

*«Certamente, risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»<sup>186</sup>.*

---

<sup>185</sup> A. ADINOLFI, *La nozione di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 329.

<sup>186</sup> Corte di Giustizia CE, sent. 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97.

La tendenziale ubiquità del divieto di abuso del diritto in ambito europeo, quindi, testimonierebbe non soltanto la sua piena “cittadinanza” all’interno dello scenario normativo in commento (ampiamente antecedente al Trattato di Lisbona), ma anche l’affidamento che in un certo senso il legislatore europeo ripone nello stesso ai fini del corretto esercizio delle libertà riconosciute a livello sovranazionale; forse, la presenza capillare di detto istituto fotografa la sua appartenenza alle stesse radici culturali dell’ordinamento sovranazionale e, dunque, degli Stati membri.

Non può certo essere questo lo spazio per addentrarsi in un’analisi approfondita dell’abuso del diritto in ambito comunitario, con l’ingresso specifico nelle discipline di settore (dove, come si è detto, l’abuso del diritto si atteggia in modo peculiare a seconda del terreno sul quale trova esplicazione). In generale, però, possiamo dire che la direzione del divieto in parola è ben chiara: l’individuo dispone di libertà e diritti di matrice comunitaria; questi, ad ogni buon conto, non possono essere esercitati col pretesto di eludere l’applicazione di norme nazionali. Dunque, ben potranno gli Stati membri – così afferma la Corte di Giustizia – predisporre strumenti o accorgimenti (anche di natura normativa) diretti ad escludere o sanzionare tale comportamento<sup>187</sup>. Il criterio essenziale di diagnosi dell’abuso del diritto, quindi, è quello consueto: criterio teleologico, che conduce ad individuare una deviazione dell’atto (ovvero: dell’esercizio del diritto) dalla finalità per cui esso è riconosciuto (dal diritto comunitario, in questo caso).

In questo ambito, viene da dire, il divieto di abuso avrebbe dunque l’ulteriore funzione di garantire il principio di leale cooperazione fra Unione e Stati membri; se, difatti, il diritto dell’Unione europea non può essere utilizzato come pretesto per eludere l’applicazione della normativa interna, ciò si traduce alla resa dei conti in un meccanismo di concreta condivisione di scopi: in sostanza, potremmo dire, senza timore di smentita, che l’abuso del diritto svolge la funzione di mantenere il primato del diritto europeo entro i propri fini “naturali”.

Nelle discipline di settore, pertanto, il divieto di abuso percorre un’importante direzione che, logicamente, è quella di delimitare lo stesso spazio applicativo della libertà o del diritto di cui è proibito abusare: ne integra, in sostanza, il contenuto, fornendogli certezza e prevedibilità – come si diceva – in termini di concreta fruizione nello spazio europeo. Volendo, ragionando in termini puramente economici, il discorso può essere sintetizzato anche in modo molto più elementare: all’atto di acquisto, il “compratore” deve sapere bene “cosa” acquista e ciò che in concreto possa e non possa fare.

---

<sup>187</sup> V. anche, Corte di Giustizia CE, sent. 3 settembre 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74, in materia di libera prestazione dei servizi; sent. 7 febbraio 1979, *Knoors*, C-115/78, sulla libertà di stabilimento; sent. 10 gennaio 1985, *Le Clerc e a.*, C-229/83; sent. 3 febbraio 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, sempre in materia di prestazione dei servizi; sent. 5 ottobre 1994, *TV 10*, C-23/93; sent. 2 maggio 1996, *Paletta*, C-206/94, in materia di previdenza sociale; 12 maggio 1998, *Kefalas e a.*, C-367/96, in tema di diritto societario.

In un certo senso, la clausola descritta dall'art. 54 della Carta di Nizza svolgerebbe la funzione di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche ivi protette, oltre che il loro razionale esercizio. Tuttavia, si registra una sensibile differenza sempre in termini di funzione concretamente perseguita: se, infatti, l'abuso del diritto, come in generale congegnato dalla legislazione europea di settore, punta a scongiurare la deviazione del primato del diritto dell'Unione dai propri fini, la Carta mira alla garanzia della soglia minima delle libertà stabilite, attraverso il divieto di compiere attività che, di fatto, svuotino di contenuto le prime. La prevedibilità delle situazioni giuridiche, infatti, si coniuga con una non di certo meno importante funzione: quella di dare alla Carta uno strumento di auto-difesa da quelle condotte (individuali o statuali) dirette a stravolgere il contenuto di un diritto, quando non addirittura ad annullarlo.

Si tratta, come ben si intuisce, di un obiettivo ambizioso: come si vedrà a breve, infatti, l'art. 54, pur riproducendo l'art. 17 della Convenzione europea, inerisce ad un testo normativo (il Trattato sull'Unione europea) dotato – per lo meno al tempo attuale – di efficacia vincolante totalmente diversa dalla seconda (art. 6, par. 1 TUE) e, al contempo, ambisce a fornire un presidio generale contro la “deformazione” pratica od interpretativa del contenuto dei diritti fondamentali. La tecnica di incisione (se così vogliamo chiamarla) prescelta, quindi, è diametralmente opposta a quella che l'ente sovranazionale ha seguito con riguardo alla disciplina di settore (dove, come si diceva, il divieto di abuso segue modulazioni – a volte sensibilmente – diverse, in relazione al diritto od alla libertà oggetto di disciplina). Alla portata omnicomprensiva (chiaramente, riferita ai diritti della Carta) dell'art. 54, quindi, corrisponderebbe la necessità di concretizzarne il contenuto in sede pratica di fronte alla singola garanzia “abusata”.

Ad ogni buon conto, a differenza dell'art. 17 C.e.d.u., il divieto formulato dalla Carta non contiene riferimenti quanto ai possibili autori della condotta abusiva. Se, dunque, i destinatari potranno essere tanto gli Stati o le autorità quanto i singoli individui, atteso il carattere generale della formulazione, viene da chiedersi se tale mancato riferimento sottenda un qualche significato. Logicamente, la direzione “universalmente” soggettiva del divieto vorrebbe, per lo meno sotto il profilo ideologico, sottolinearne il valore di principio e la non tollerabilità della sua trasgressione. Non pare, però, che alla circostanza possa assegnarsi un *quid pluris* in termini di significato: ciò che se ne trarrebbe, insomma, è la valenza a tutto tondo del divieto, valido sia per l'autorità che per il singolo.

È indubbio che sottesa anche alla disposizione in parola vi sia una dichiarazione di intenti “politici”: la Carta, infatti, rappresenterebbe una sorta di proiezione sul terreno dell'Unione dell'esigenza, già postulata dalla Convenzione, di mantenere la democrazia e la pace all'interno degli Stati europei.

Desti, tuttavia, una certa attenzione la previsione dell'art. 51 della Carta, inerente all'ambito di applicazione della medesima che, *ex littera legis*, è limitata all'attuazione del diritto dell'Unione europea. Disposizione, per la verità, che

genererebbe qualche equivoco: se difatti, come si legge del resto, la Carta non modifica le competenze dell'Unione come fissate dai Trattati ed impone un'applicazione dei contenuti ivi fissati nel rispetto del principio di sussidiarietà, l'aspetto appena evidenziato tende a stridere con il carattere logicamente assoluto ed incondizionato dei diritti fondamentali. D'altra parte, se l'Unione europea, per prima, si impegna a riconoscere i diritti fondamentali (come espressamente sancito nell'art. 6 TUE), con ciò gli stessi – così come la Carta di Nizza, a quanto parrebbe – assurgendo a “nucleo o codice costituzionale minimo” dell'ordinamento sovranazionale, si dovrebbe a rigore ritenere l'ubiquità “pratica” degli stessi, indipendentemente dalla circostanza che venga in rilievo il diritto dell'Unione o meno.

Cambia però, almeno allo stato delle cose, il valore giuridico: la Carta, infatti, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 par. 2 TUE); entra a pieno titolo fra le fonti del diritto europeo di rango primario<sup>188</sup>, *ergo*: direttamente applicabile, in linea di principio, all'interno degli ordinamenti nazionali, nel momento in cui venga in rilievo l'attuazione del diritto dell'Unione (art. 51 par. 1), con eventuale disapplicazione diretta, ove d'uopo, della disposizione legislativa interna che contrasti con una o più previsioni della prima.

Ed è proprio questo aspetto, a ben guardare, che ingenererebbe i primi dubbi interpretativi: l'effetto di diretta applicazione, infatti, dovrebbe *prima facie* comportare la disapplicazione di una norma interna che si risolva in una compressione di un diritto fondamentale della Carta o, per lo meno, che miri all'imposizione di restrizioni più ampie di quelle stabilite dalla stessa.

Come correttamente osservato<sup>189</sup>, infatti, lo spettro di applicazione dell'abuso del diritto, contenuto nell'art. 54, si ricaverebbe *per relationem*, ossia facendo riferimento ad altri diritti o libertà contenute nel testo normativo in parola; in sostanza: la clausola in oggetto vorrebbe scongiurare il surrettizio esercizio di una libertà, concretizzante una restrizione della stessa o di altra sancita dalla Carta oltre i limiti espressamente consentiti.

In questo senso, l'art. 54 si porrebbe come norma di sistema ad efficacia orizzontale<sup>190</sup>, o per meglio dire come «clausola di “legittima difesa” di fronte alla possibile utilizzazione “antisistema” dei diritti e delle libertà», operando quale vero e proprio principio di *autoconservazione* della Carta stessa: costituirebbe, insomma, una norma di interpretazione, diretta ad evitare l'implosione dei diritti

---

<sup>188</sup> V. sul punto G. DI FEDERICO, *Carta dei diritti fondamentali*, in *Enc. Treccani*, [www.dirittoonline.it](http://www.dirittoonline.it), 2014; IDEM, *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.

<sup>189</sup> G. FRIGO, *Divieto dell'abuso del diritto*, in *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, P. GIANNITI (a cura di), Zanichelli Editore, p. 1534; R. BIFULCO – A. CELOTTO, sub *Art. 54*, in *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO, pp. 368 e ss.

<sup>190</sup> L. LANZONI, *Tutela e limitazione dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), Esi, p. 371.

fondamentali riconosciuti. Tuttavia, il grado e la cogenza dei diritti umani, suscettibili di essere attinti tanto da una condotta del singolo quanto da quella dell'autorità, porrebbero razionalmente il problema di un'efficacia ben più pregnante della clausola in analisi; ricordando opportunamente, si puntualizza, non solo il valore apicale delle garanzie tutelate, ma anche il rango stesso della Carta: insomma, pur nel silenzio del testo normativo, che non parla in alcun modo di sanzione dell'abuso del diritto ma limitandosi ad un generale divieto, non sarebbe errato prospettare una sorta di efficacia diretta dell'art. 54, comportante il non riconoscimento di tutela del diritto "abusato" o, specularmente, la disapplicazione della norma interna che, formalmente attuativa del disposto sovranazionale, indirettamente legittimi il compimento di atti capaci di comprimere lo spazio operativo di una libertà della Carta.

Ne deriverebbe, diversamente, un evidente corto circuito: di massima, l'elevazione della Carta allo stesso livello dei Trattati, sotto il profilo del valore giuridico, ne sancirebbe un'operatività diretta (benché nei limiti in cui venga in rilievo il diritto dell'Unione europea: art. 51 della Carta di Nizza e art. 6 TUE) all'interno degli Stati membri, con un'altrettanto diretta "giustiziabilità" avanti la Corte; diversamente, l'eventuale confinamento dell'art. 54 alla efficacia orizzontale, ovvero di norma puramente interpretativa e per ciò stesso incapace di generare direttamente un obbligo-divieto e al contempo un diritto del singolo, al pari delle altre disposizioni del testo legislativo, diminuirebbe consistentemente l'effettività del valore e del contenuto delle libertà a monte riconosciute.

Qui, infatti, razionalmente parlando, si giocherebbe la vera partita della Carta di Nizza ed, in particolare, del sancito abuso del diritto. Si ripete: è una norma, stando alla sua lettera, sprovvista di esplicita sanzione; ma non sembra che si tratti di una dimenticanza: il Trattato di Lisbona stesso ha conferito alla stessa una patente di sovraordinazione gerarchica alla legge nazionale, elevandola al valore giuridico dei Trattati. La sanzione, quindi, in caso di violazione, dovrebbe essere già *in nuce*.

Tra l'altro, anche la Convenzione, all'esito dell'adesione definitiva dell'Unione europea al Consiglio d'Europa, dovrebbe ricevere lo stesso trattamento giuridico riservato alla Carta, non fosse altro per un'esigenza di razionalità di sistema (vista la palese corrispondenza contenutistica e di principi etico-culturali sottesi ai due testi sovranazionali) e di opportuna osmosi interpretativa fra le due Corti (europea e di Giustizia).

La domanda, a questo punto, è se la clausola contenuta nell'art. 54 della Carta di Nizza, al pari di quanto si è già prospettato in precedenza con riferimento all'art. 17 C.e.d.u., fondi un vero e proprio obbligo in capo agli Stati membri di repressione dell'abuso del diritto e, traslando quindi il discorso al tema del presente lavoro, se fondi un analogo divieto in sede processuale.

Qui, chiaramente, in caso di risposta positiva, l'impatto sarebbe certamente più forte per l'ordinamento interno rispetto a quello che il medesimo subirebbe dal sistema della Convenzione europea: la ricostruzione di un divieto di abuso

processuale dagli artt. 6 e 17 C.e.d.u. non potrebbe comportare infatti, per lo meno al momento storico attuale, una disapplicazione diretta della norma interna comportante un abuso della libertà convenzionale; connotato caratterizzante del diritto dell'Unione, diversamente, è il principio del primato che trova la propria massima espressione nell'effetto di disapplicazione della norma interna contrastante con quella sovraordinata (chiaramente, in relazione alle disposizioni sovranazionali provviste di tale efficacia).

In sostanza, ammettendo di poter propendere per un'ipotesi ricostruttiva analoga a quella formulata in precedenza con riguardo alla Convenzione europea dei diritti umani, un eventuale atto dell'autorità, realizzato in violazione dell'art. 54 che, surrettiziamente, comporti una compressione delle garanzie processuali fondamentali stabilite dalla Carta di Nizza (art. 47) oltre i limiti espressamente ammessi dalla stessa, a cosa va incontro?

È indubbio, infatti, che la diversa efficacia giuridica di cui la Carta è provvista rispetto alla Convenzione, conduce l'interprete immediatamente a misurarsi con il problema della sanzione: d'altronde, sarebbe quanto meno contraddittorio ipotizzare un obbligo in capo agli Stati membri di predisposizione di strumenti avverso l'abuso del processo e, al contempo, non prevedere eventuali rimedi a seguito della verifica, atteso il diritto dell'individuo ad un ricorso effettivo avverso ogni atto concretante una violazione dei diritti protetti dall'Unione (art. 47 par. 1).

Ora, è chiaro che l'art. 47 della Carta non segna un "decalogo" dell'equità processuale dai contenuti paragonabili all'art. 6 C.e.d.u.: il principio in parola, infatti, al tempo in cui la Carta è stata approvata, non costituiva (in senso lato) una priorità in seno agli obiettivi fondamentali dell'ordinamento sovranazionale; tuttavia, non sembra di essere di fronte ad una lacuna insanabile, in considerazione del fatto che il meccanismo di sempre più opportuno e proficuo dialogo fra le Corti, di Giustizia ed europea, dovrebbe a rigore scongiurare il pericolo di un disallineamento sistemico, che sarebbe oltretutto da guardare con sfavore vista l'attesa adesione definitiva dell'Unione europea al Consiglio d'Europa.

Oltre a ciò, bisogna annoverare la netta accresciuta consapevolezza dell'Unione europea in materia di equo processo e della rilevanza che tale principio espliciti in seno alla cooperazione giudiziaria e al rapporto di reciproca fiducia fra gli Stati membri. Ne sono testimonianza i più recenti prodotti normativi in tema di cooperazione giudiziaria ed, in particolare, di diritti dell'imputato nella procedura penale<sup>191</sup>, che esemplificano la (forse) lenta ma progressiva ed irreversibile

---

<sup>191</sup> Si fa riferimento nello specifico a: Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2103/48/UE (relativa al diritto di avvalersi di un difensore, ovvero di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e di comunicare con terzi e le autorità consolari); Direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; Direttiva 2016/1919/UE, con cui le istituzioni europee mirano a garantire l'effettività

radicarsi dell'obiettivo "equo processo" in seno all'Unione, come base di partenza per ogni politica di cooperazione in materia di giustizia fra gli Stati.

Se così è, senza necessariamente addentrarsi – quanto meno in ragione della prematurità dei tempi – sull'aspetto concernente l'implementazione specifica del divieto di abuso, che discenderebbe dall'art. 54 della Carta, all'interno degli ordinamenti nazionali, si può forse ragionevolmente concludere in un senso: che anche l'Unione europea, per il tramite del disposto sopra analizzato, concepisce espressamente un divieto di abuso del diritto, a cui corrisponderebbe diametralmente quello (di specie) di abuso del processo; divieto che, ad ogni buon conto, dovrebbe comportare l'obbligo in capo agli Stati membri di predisporre ogni tutela ed accorgimento diretti a scongiurarne la verifica o a sanzionarne il compimento.

## **8. Osservazioni conclusive**

Un punto sia chiaro: indipendentemente dalle ricadute concrete (dirette od indirette) sulla prassi interna del divieto di abuso sancito sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che dalla Carta dei diritti fondamentali, pare ragionevole sostenere che, allo stesso modo in cui la logica "anti-abuso" integra lo scenario culturale e giuridico sovranazionale, così ne sancisce la rilevanza sotto il profilo pragmatico ai fini della complessiva tenuta del sistema, richiedendone – così sembra – la puntuale implementazione al livello della legislazione interna. Sembra proprio, difatti, un problema legato alla generale coerenza dei sistemi (domestico e sovranazionale): difficilmente concepibile, insomma, un ordinamento "a monte" che afferma a chiare lettere un divieto (di abuso), senza che "a valle" non presupponga un'attuazione effettiva dello stesso, in sede di implementazione (legislativa od interpretativa) interna.

Ad ogni buon conto, quello che non sarebbe possibile porre in dubbio è l'essenzialità della clausola del divieto di abuso (del processo, nel nostro caso). E, si badi, non la si apprezza, in ottica di diritto sovranazionale, unicamente in ragione delle peculiarità dei sistemi in commento: vale a dire, il divieto di abuso non si giustifica in sede europea unicamente per la necessità di ricorrere a strumenti operativi ed interpretativi di natura (per dir così) sostanzialistica, tendenti cioè a ricreare, indipendentemente dalle forme attraverso le quali i diritti riceveranno applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali, una generale convergenza degli stessi verso gli obiettivi perseguiti. Con maggior chiarezza: il divieto in parola non si giustifica unicamente all'interno di un ordinamento sovranazionale, teso alla circolazione delle libertà entro spazi giuridici eterogenei (quelli nazionali), per il quale sarebbe quindi fisiologica l'esigenza di clausole

---

dell'assistenza legale nei procedimenti penali, richiedendo, in particolare, ai Paesi membri di prevedere il diritto di avvalersi di un difensore retribuito dallo Stato, e la Direttiva 2016/800/UE, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

generalmente volte ad assicurare la razionalità del loro esercizio e, al contempo, la coerenza con le finalità proprie del sistema europeo.

Non si tratta, pertanto, di una mera opportunità pratica, diretta cioè a predisporre strumenti flessibili attraverso i quali assicurare una più efficiente applicazione del (in senso lato) diritto europeo; vi è un'esigenza di ben diverso spessore: quella di assicurare l'auto-difesa del sistema e, al tempo stesso, come si è cercato di evidenziare, di "integrare" – con specifico riferimento alla Convenzione europea e alla Carta di Nizza – l'effettività delle libertà sancite che, indubbiamente, se all'espressione di un divieto a monte (di matrice sovranazionale) non corrispondesse uno speculare divieto a valle ed uno specifico obbligo di repressione in capo agli Stati membri, ne uscirebbe certamente ridimensionata.

Il ragionamento, se valido con riferimento all'abuso del diritto (come in generale è denominato dai testi normativi richiamati), non potrebbe che esserlo ragionevolmente con riferimento alla sua diversa proiezione processuale.

Non si dubiterebbe della specifica funzione che l'abuso del processo svolge rispetto a quella dell'abuso del diritto: ma se, come sembra, la direttrice dell'equità processuale costituisce un diritto inviolabile dell'individuo, e se l'abuso processuale, oltre all'efficienza della macchina giudiziaria, è in grado – come pare logico ritenere – di attingere e compromettere la complessiva tenuta dell'equità della procedura, non si potrebbe allora dubitare della necessità di un obbligo statale di prevenzione e sanzione dell'abuso del processo sotto tale versante.

Ciò, poi, risulterà tanto più valido con riferimento al diritto dell'Unione europea: sarebbe evidente, si ripete, il disallineamento sistemico che si genererebbe qualora all'efficacia diretta delle previsioni della Carta in materia di diritti fondamentali non corrispondesse un'efficacia egualmente diretta del divieto di abuso. In sostanza, vi sarebbe un irrazionale *deficit* di effettività della Carta se le garanzie ivi contenute potessero essere direttamente applicate e, al contrario, la prima non fosse direttamente in grado di autoprotteggersi.

## **Capitolo IV**

### **L'ABUSO DEL PROCESSO COME "CITTADINO" INTERNO?**

*Sommario:* 1. I casi patologici del sistema interno privi di specifico rimedio. – 2. L'*Abuse of Process Doctrine* alla "prova di Occam". – 3. L'obbligatorietà dell'azione penale è necessariamente un limite ostativo? – 4. Tra esigenze di riforma normativa e scenari di riflessione: intervento strutturale o semplice introduzione di una clausola di "equilibrio"? – 5. Un «ospite» gradito? – 6. "Moralizzazione" della giustizia penale: gli strabismi prospettici e i reali problemi di fondo.

#### **1. I casi patologici del sistema interno privi di specifico rimedio.**

Pur essendo già stata oggetto di considerazione, va ribadita opportunamente una premessa concettuale; la propulsione verso l'elaborazione della categoria dogmatica dell'abuso del processo nasce da un dato di fondo: la presa d'atto dell'incapacità della legge di reagire a qualsivoglia stortura del sistema. Meglio: la (diremmo) fisiologica inattitudine della legge a prevedere e, dunque, a sanzionare le storture, ricreate nella prassi dagli attori processuali, rispetto agli congegni astrattamente disegnati dal legislatore.

Tornerà utile quanto puntualmente si è osservato con riferimento alla dottrina dell'abuso del processo ricostruita in seno all'ordinamento anglosassone: quelli che abbiamo definito come casi sintomatici delle condotte abusive, a parte l'indubbio valore "rappresentativo" ed esemplificativo, non esauriscono di certo il novero di quei comportamenti di parte suscettibili di configurare la torsione applicativa in commento, potendosi financo giungere a sostenere che ad ogni facoltà processuale corrisponde un rischio di strumentalizzazione. Come dire: è insito nella facoltà o nel potere processuale il pericolo di un piegamento degli stessi a scopi surrettizi dell'autore dell'atto.

Questo è un punto, quindi, che potremmo dare per definito.

Ma incentriamo il ragionamento all'interno del sistema italiano.

Come si intuisce, la prassi giudiziaria registra un'inesauribile gamma di condotte di parte che, apparentemente conformi al modello legale, risultano realizzate in contrasto con la *ratio* del potere che ne aveva legittimato il compimento ed, al contempo, prive di esplicita sanzione processuale. A ben vedere, poi, le ipotesi paradigmatiche oggetto di analisi pregressa (*retro*: cap. II) costituirebbero manifestazioni di abuso in grado di concretizzarsi anche nell'ordinamento interno. Nondimeno, il nodo problematico è un altro.

La difficoltà, insomma, sta a monte: quella di comprendere quando effettivamente ci si trova – all'interno del processo penale italiano – di fronte ad un abuso del processo che, indipendentemente dalla "forma esteriore" che

nello specifico esso assuma, comprometta in modo sensibile l'equità complessiva del processo.

Si è già osservato, infatti (ma sul punto si tornerà più approfonditamente a breve), che l'inquadramento delle disfunzionalità ricreate dall'abuso del unicamente entro la cornice della (ir)ragionevole durata e dell'efficienza del processo integra una ricostruzione per molti aspetti limitata, incapace di cogliere la reale dimensione della fenomenologia abusiva e, conseguentemente, di condurre ad un'adeguata ricostruzione della problematica e di elaborare un modello di reazione-sanzione. Insomma, come si è avuto modo di osservare, l'abuso del processo involge non soltanto il razionale funzionamento della macchina giudiziaria, ma anche i diritti delle parti nel processo e, non da ultimo, l'equità della procedura.

Come noto, quella dell'equità è una nozione di principio di matrice sovranazionale (convenzionale, in primo luogo), difficilmente "cristallizzabile" nell'ordinamento italiano in una formula preconcepita o, diversamente, in un predefinito apparato di garanzie fondamentali.

Lo si è cercato già di porre in luce: l'equità – sia che la si guardi attraverso la lente del sistema anglo-gallese, che con quella delle normative sovranazionali (in particolare, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) – è un concetto essenzialmente pratico. Il tentativo di condensarne la portata (come farebbe il legislatore convenzionale) entro un catalogo di prerogative essenziali viene di fatto "tradito" da un'esperienza pratica e da una giurisprudenza che tende ad estenderne il raggio operativo, così come il novero dei diritti che in esso troverebbero copertura. Alla resa dei conti, guardato nel suo insieme, l'art. 6 C.e.d.u. detta le condizioni di base per le quali l'imputato possa beneficiare di un'adeguata difesa, in posizione (idealmente) di parità con l'accusa. A giocare in questo senso, ragionevolmente, vi è una metodologia di accertamento e di analisi casistica, propria della Corte europea, attenta non soltanto agli elementi della singola vicenda fattuale, ma anche alla complessiva tenuta del dogma dell'equità all'interno della procedura: è, quindi, un meccanismo (per dir così) di contrappesi, dove in fondo conta che l'accusato abbia beneficiato di un processo nel quale *ab origine* le posizioni antagoniste non erano intollerabilmente sbilanciate; *id est*: le probabilità di condanna erano sin dall'inizio consistentemente superiori a quelle di proscioglimento, con la conseguenza che di fatto l'imputato non ha potuto predisporre un'effettiva difesa.

Orbene, la prospettiva di un diretto "travaso", all'interno del sistema italiano, vuoi della dottrina anglosassone, vuoi della metodologia di accertamento applicata in sede sovranazionale, introdurrebbe evidentemente percorsi ermeneutici e sillogistici estranei alla tradizione interna, dove il parametro di misura – se così vogliamo dire – di una violazione ed il correlato strumento di reazione giudiziale riposano sulla norma astratta. In sostanza, alla metodologia

“del caso concreto” se ne contrapporrebbe in sede interna un'altra basata sulla fattispecie legale.

A ben vedere, il problema di fondo nel quale ci si imbatte nell'ambito della tematica presente non è dato dall'assenza nel diritto positivo italiano di una categoria generale quale l'equità; in fondo, e di ciò si trova conferma nelle pronunce della Corte di Strasburgo, quel che conta è il rispetto da parte dello Stato membro degli obblighi scaturenti dall'adesione al trattato internazionale. Indipendentemente, allora, dal “come” le declinazioni di quelle garanzie trovino cittadinanza nello Stato singolo, quello che rilevarebbe o, comunque, farebbe la differenza è il recepimento del nucleo sostanziale delle garanzie protette in sede sovranazionale. Il che si potrebbe tradurre nei seguenti termini: indifferente è la tecnica attraverso la quale dette garanzie vengano implementate nel sistema interno, purché di fatto ciò avvenga e l'equità risulti presidiata.

Ad ogni modo, quali sarebbero – a voler svolgere un'operazione ricognitiva sulla scia di quella effettuata con riguardo all'ordinamento di *common law* – le ipotesi di abuso del processo da parte del pubblico ministero prive di specifico rimedio in sede interna?

È un'operazione, quella appena menzionata, necessaria al fine di evidenziare l'utilità del prospettato “travaso” delle ricostruzioni e delle metodologie interpretative invalse nel sistema anglo-gallese e in quello convenzionale: la verifica positiva dell'esistenza di manifestazioni di abuso che siano capaci di compromettere la complessiva equità processuale e, ad un tempo, privi di una espressa risposta sanzionatoria renderebbe contezza del “valore aggiunto” dell'introduzione di quei percorsi interpretativi ed applicativi.

In primo luogo, gli stessi casi sintomatici, oggetto di analisi comparatistica, costituiscono esemplificazioni pratiche che, razionalmente, potrebbero ben verificarsi anche a livello domestico ma che, al contrario, non sarebbero assistiti da puntuale rimedio.

Così, la condotta dell'agente sotto copertura che determini l'imputato alla commissione di un reato che non sarebbe altrimenti stato commesso non incorre in alcuna specifica sanzione dal punto di vista processuale. Tuttavia, è assistito da evidenza logica la circostanza che il processo penale che seguirà, avente ad oggetto il fatto commesso a seguito di istigazione del pubblico ufficiale, sia inficiato sin da principio da un sensibile disequilibrio delle posizioni antagoniste, di guisa che l'autore di quel fatto si troverà a dover fronteggiare un'imputazione (a volerla dire in termini poco ortodossi) “confezionata”. D'altra parte, quali potrebbero essere qui gli ipotetici interventi giudiziali di riequilibrio? Sarebbe sufficiente vietare la deposizione testimoniale dell'agente di polizia che aveva operato come infiltrato? Chiaramente, la risposta è negativa, giacché residuerebbero comunque gli elementi di prova (certamente non meno rilevanti), raccolti in concomitanza

con lo svolgimento delle operazioni sotto copertura, di ineludibile segno accusatorio e difficilmente contrastabili dalla difesa.

Del pari, il ritardo nell'esercizio dell'azione penale (quand'anche, per ipotesi, contenuto entro l'arco di tempo necessario alla maturazione della prescrizione), dovuto alla negligenza od all'inefficienza operativa del requirente nello svolgimento delle indagini, potrebbe ben produrre la perdita di un contributo probatorio fondamentale per l'imputato, così sostanzialmente compromettendo l'efficacia della strategia difensiva.

A voler continuare, il clamore mediatico suscitato dal fatto di reato potrebbe inquinare, in modo più o meno sensibile, lo stato di imparzialità del giudice e, di riflesso, la proficuità della difesa nel processo.

Ad ogni buon conto, su un aspetto è opportuno insistere: le situazioni rievocate, capaci di verificarsi (come la pratica, peraltro, ci dimostrerebbe) anche in sede interna e ricreanti un evidente pregiudizio in capo all'accusato, non soggiacciono ad un trattamento sanzionatorio o ad un rimedio specifico operante all'interno del processo stesso; l'esempio potrebbe essere più chiaro di fronte al fenomeno del ritardo nell'esercizio dell'azione penale: nel sistema domestico, l'unica forma (in senso lato) di riparazione in forma generica che la legge preveda per l'imputato che abbia patito un pregiudizio in ragione delle lungaggini procedurali è dato dalla liquidazione di un'indennità (in base alla legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "legge Pinto"); siamo su un livello ben differente, quindi, da quello nel quale – per ipotesi – fosse possibile un intervento giudiziale diretto a rimediare alle disfunzioni cagionate dal ritardo, eventualmente (come soluzione estrema) ponendo fine al procedimento instaurato.

Ma il catalogo non si esaurirebbe qui, potendosi aggiungere quei casi che possiamo trarre direttamente dall'esperienza pratica interna.

Si potrebbe fare riferimento a quelle condotte (in senso lato) di "manipolazione" probatoria; si pensi alle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni (artt. 266 e ss. c.p.p.): il pubblico ministero, attribuita al fatto oggetto di *notitia criminis* una denominazione giuridica fra quelle rientranti nel novero di cui all'art. 266 c.p.p., procede – a seguito di richiesta ed autorizzazione a procedere da parte del giudice per le indagini preliminari – ad intercettazioni; successivamente, in sede di accertamento nel merito, quel fatto sarà oggetto di diversa qualificazione giuridica (nello specifico, non riconducibile all'art. 266). La conseguenza più intuitiva, qui, dovrebbe essere quella dell'inutilizzabilità dei risultati dell'ascolto delle conversazioni, in quanto avvenuti in violazione di un divieto (esplicitamente sanzionato con l'inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p.); nondimeno, la giurisprudenza di legittimità è qui granitica nell'opporre risposta negativa: le intercettazioni (meglio: i risultati) sono pienamente utilizzabili, essendo l'emenda del titolo di reato

evenienza processuale del tutto fisiologica ed, in quanto tale, non colpirebbe un vizio originario relativo all'acquisizione della prova<sup>192</sup>.

Né, poi, si potrebbero sottovalutare situazioni che, sebbene del tutto avulse dalle previsioni codicistiche, incidono prepotentemente sulla dinamica processuale, financo sulla strategia difensiva e sulla sua proficuità: se il pubblico ministero, inizialmente ventilante al difensore dell'indagato la seria possibilità di concludere un accordo sulla richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., poi ritira la "promessa" effettuata, *quid iuris?* Superfluo evidenziare, infatti, che l'imputato e il difensore, avendo riposto ragionevole affidamento sulla prospettazione del magistrato, si trovino successivamente "scoperti" di fronte all'inaspettato mutamento di proposito della parte avversa, posti di fronte ad un giudizio di merito che, di fatto, avrebbero evitato.

## **2. L'Abuse of Process Doctrine alla "prova di Occam"**

Possiamo dunque affrontare la domanda centrale del presente lavoro.

La dottrina sull'abuso del processo, elaborata nel sistema anglosassone ed oggetto di precedente analisi, potrebbe trovare cittadinanza nell'ordinamento processuale italiano?

È chiaro: si tratta di un interrogativo che apre ad una serie indefinita di ulteriori problematiche. Alcune le conosciamo: come si riuscirebbe a conciliare una ricostruzione come quella proposta con la legalità processuale imperante nel nostro sistema.

Ad ogni modo, l'esigenza di una corretta impostazione della riflessione impone di partire con un interrogativo a monte. Alla base di qualsiasi tentativo di "importazione" giuridica, infatti, bisogna porre attenzione alla concreta utilità che un'eventuale implementazione della dottrina in oggetto avrebbe o, detta diversamente, circa la positività dell'impatto pratico che la stessa avrebbe a seguito dell'introduzione.

Apparentemente, ci troviamo dinanzi ad un interrogativo già affrontato: si è già, invero, avuto modo di discutere intorno alla funzione che, in generale, rivestirebbe la categoria dell'abuso del processo. Nondimeno, il piano discorsivo qui è diverso; non si parla più, infatti, del "valore aggiunto" inerente all'ipotetico potere giudiziale di sanzionare l'abuso: in quest'ultimo senso, già la logica – sia ad un livello astratto o di principio, che ad un livello pratico – impone di ammetterne l'utilità. Giova ripetere: un ordinamento giuridico razionale deve essere anche in grado di auto-difendersi dall'esercizio di diritti

---

<sup>192</sup> Ex multis, v. Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 50072, Bassi, Rv 245699; Cass., Sez. I, 20 febbraio 2009, n. 19852, Gioffrè, Rv 243780; Cass., Sez. VI, 24 giugno 2005, n. 33751, Bellato, Rv 232046; Cass., Sez. VI, 22 marzo 1994, n. 9247, Dell'Erba, Rv 200131.

o di facoltà devianti dallo scopo per cui essi sono stati riconosciuti. Il “prezzo” da pagare, diversamente, sarebbe l’implosione del sistema stesso.

Il punto è che vi è anche molto altro in gioco.

Risulta evidente, infatti, che sottesa all’abuso del processo vi sia una duplice direttrice di ordine etico: sotto questo profilo, la categoria – che, come detto, tende a trascendere la dimensione esclusivamente tecnico-giuridica, per approdare in quella sociologica – si dividerebbe fra una funzione di prevenzione generale ed una di prevenzione speciale.

Dal primo punto di vista, essa opererebbe quale messaggio di natura etica verso la collettività: non è possibile abusare della macchina giudiziaria; in particolare, non si può permettere il ricorso alla medesima per il raggiungimento di obiettivi estranei alla legge od alle sue reali finalità. A voler dirigere tali argomentazioni entro la prospettiva di analisi scelta nel lavoro, il messaggio dovrebbe risolversi nella “moralizzazione” dell’azione penale: l’idea di contenerne l’esercizio nell’ambito dei fini stabiliti dalla legge si traduce logicamente in quella di non poter utilizzare il principio dell’obbligatorietà (art. 112 Cost.) come “schermo” capace di mascherare eventuali abusi del suo esercizio.

Sotto il secondo profilo, l’abuso del processo agirebbe come strumento “maieutico” per le parti del processo. Inevitabile, infatti, che l’operatività di una sanzione processuale, conseguente alla commissione di un abuso (del processo o di atti processuali che sia), sortirebbe l’effetto di distogliere gli attori della controversia da condotte processuali devianti, producendone quindi un’emenda sotto il profilo comportamentale anche nella prosecuzione dell’*iter*.

Alle considerazioni appena svolte, si aggiungerebbero i rilievi di natura giuridica fondati sui connotati fisiologici del sistema processuale.

Come noto, l’astrattezza e la rigidità del diritto positivo mal si conciliano con un istituto che risponde, in via sussidiaria, all’inevitabile “obsolescenza” dei prodotti normativi. Ciò, opportunamente si ribadisce, risulta tanto più vero se si guarda all’ordinamento giuridico non in modo “isolato”, ma nella più razionale e moderna prospettiva di integrazione con gli scenari sovranazionali. In sintesi: il progressivo espandersi delle libertà ad un livello normativo sovraordinato, unitamente agli obblighi di attuazione in sede interna che ne derivano, impongono oggi (forse, più che mai) la predisposizione di strumenti flessibili per l’auto-difesa del sistema, capaci di garantire la razionale coniugazione di esigenze di protezione di interessi collettivi e di garanzie soggettive.

Insomma, non pare che si possa mettere fondatamente in discussione la *necessità*, logica e pratica, dell’abuso del processo, potendosi semmai discettare sul tipo di tecnica di implementazione dello stesso nell’ordinamento (che fonderà un punto di specifica riflessione nel prosieguo).

### **3. L'obbligatorietà dell'azione penale è necessariamente un limite ostativo?**

È doveroso adesso tornare ad affrontare un punto che, sebbene già oggetto di considerazioni sparse, necessita di maggiori puntualizzazioni e di una sistematica riflessione.

In fin dei conti, uno dei più rilevanti ostacoli nel quale la categoria dell'abuso del processo possa imbattersi sarebbe costituito proprio dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. L'assunto, apparentemente di immediata intuizione, si potrebbe sintetizzare nel seguente modo: il dogma in parola costituisce un obbligo indeclinabile; dunque, nessun abuso dell'esercizio dell'azione penale sarebbe concepibile, giacché in relazione alla medesima il titolare del potere non serba margine di scelta alcuno.

Certamente, eccede gli scopi del lavoro un'analisi puntellata circa il retroterra ideologico e culturale che ha fornito la base di tale opzione per il legislatore costituzionale; così come non può essere questa la sede per discutere sull'opportunità di una revisione costituzionale (quand'anche per ipotesi possibile) del principio in parola, in considerazione dei benefici che se ne trarrebbero e, correlativamente, delle inefficienze sistemiche che verrebbero in tal modo sanate.

Più specificamente, lo scopo delle considerazioni inerenti a tale principio dovrebbe essere quello di scorgere le concrete implicazioni e gli eventuali limiti che esso sarebbe in grado di imporre alla (sempre ipotetica) operatività dell'abuso del processo (del divieto) nell'ordinamento interno (nei termini delineati sinora), quando non addirittura la radicale esclusione della possibilità di introdurlo.

D'altra parte, un aspetto decisivo, con riguardo agli obiettivi di analisi preposti, è quello circa la fondatezza o meno della correlazione insistente fra la discrezionalità dell'azione penale (ravvisabile nel diritto anglosassone) e il rimedio della dottrina sull'abuso processuale. In altre parole, si potrebbe affrontare tale ultimo nodo problematico ragionando nei seguenti termini: immaginando che la Costituzione italiana preveda il principio di opportunità della persecuzione penale, l'abuso del processo sarebbe a quel punto categoria necessaria? Strumento ineludibile posto a presidio del singolo contro i possibili arbitri dell'accusa?

È ampiamente nota la matrice garantistica insita nell'art. 112 Cost.; per meglio dire: la duplice direzione operativa del dogma ivi sancito.

Da una parte, l'affermata necessità dell'esercizio della pretesa punitiva costituisce (ideale) proiezione dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, escludendo – almeno sempre su un piano di principio – o comunque contribuendo ad elidere il rischio di derive arbitrarie quali l'accanimento persecutorio “mirato”, la “politicizzazione” della pretesa punitiva o, in ogni caso, il piegamento della stessa ad obiettivi eccedenti l'osservanza della legge penale.

Dall'altra, l'obbligatorietà avrebbe la funzione di preservare l'indipendenza esterna del pubblico ministero rispetto agli altri poteri.

L'esperienza maturata sotto il pregresso regime fascista aveva posto in luce le disfunzioni ricreate dal diretto controllo dell'operato del magistrato d'accusa da parte dell'esecutivo: la soluzione, quindi, non poteva che essere quella di sancire in capo alle procure l'obbligo di persecuzione senza possibilità di scelta. È evidente, infatti, che il lemma "obbligatorietà" si inquadra, in seno alla cornice costituzionale ed in considerazione dei riferimenti ideologico-culturali ai quali essa si ispira, in questa ulteriore dimensione: il dovere (astrattamente rigido) di esercizio dell'azione, allo stesso modo in cui non ammetterebbe valutazioni di opportunità di sorta da parte del titolare del potere, così non tollerebbe ingerenze esterne, tese eventualmente a veicolare l'attuazione. In sostanza: quell'ulteriore connotato insito nell'obbligatorietà dell'azione penale, che sarebbe costituito dalla riserva esclusiva della titolarità del relativo potere, altro non sarebbe se non un aspetto connaturato alla prima, un suo (logico) precipitato immanente.

Ma, come altrettanto noto, la coltivazione della pretesa punitiva in modo incondizionato, oltre a non rispondere – ove accolta nella sua ideale rigidità – alle istanze di logicità ed efficienza del sistema, si scontrerebbe ineluttabilmente con la pratica che, per converso, ci mostra frequentemente come spesso sia necessario l'arresto del procedimento penale instaurato, qualora manchino le condizioni basilari per una verifica nel merito dell'istanza punitiva o, comunque, difettino *ab origine* i presupposti per proseguire nell'*iter* procedurale (si può immaginare una notizia di reato che sin da principio di palesi totalmente infondata e la cui iscrizione nell'apposito registro, pertanto, si paleserebbe come adempimento istituzionale – art. 335 c.p.p. – del tutto privo di utilità, essendo evidentemente destinata all'archiviazione). La pratica dunque, se vogliamo così esprimerci, sorpasserebbe la teoria, conducendo quindi il legislatore all'introduzione di meccanismi che consentano il blocco di quei procedimenti penali per i quali appaiano insussistenti i presupposti per procedere alla fase di merito. Il che vorrebbe dire in sintesi: fatta salva la (originaria o sopravvenuta) mancanza delle condizioni di procedibilità od una causa di estinzione del reato, il requirente non sarebbe in grado di reperire sostanziali elementi di prova capaci di sostenere un'accusa in dibattimento.

Gli istituti predisposti a tal riguardo sono noti, concretizzandosi nell'archiviazione (artt. 408 e ss. c.p.p.) e nella sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.); specularmente, però, proprio al fine di rendere ossequio effettivo al principio stabilito dall'art. 112 Cost., occorrono congegni volti ad evitare che tali evenienze conducano ad una surrettizia trasfigurazione dell'obbligatorietà dell'azione penale, riconducendola di fatto ad una direttrice operativa di opportunità. Il giudice costituisce – o almeno dovrebbe costituire – avamposto di tutela del sopra evocato principio.

Non giova discutere intorno al fatto che la figura del giudice, operando per il tramite di questi meccanismi, veda un'approssimazione verso la posizione dell'accusa. Ma sarà opportuno sottolineare come l'obbligatorietà dell'azione penale è un principio che vive una contraddizione logica interna evidente: meglio, una tensione fra (per così chiamarli) i poli della esclusività dell'attribuzione e del dovere di esercizio dell'azione. Come detto, a voler idealmente scindere i contenuti integranti il principio dell'art. 112 Cost., la riserva assoluta di titolarità servirebbe per sottrarre il pubblico ministero dal controllo dell'esecutivo così come da ogni interferenza esterna, mentre l'obbligatorietà (in sé e per sé) vorrebbe assicurare l'eguaglianza dei singoli avanti la legge, scongiurando il pericolo di creazione di "sacche" di privilegi. Ma se l'azione è obbligatoria, occorre qualcuno che, a determinate condizioni, sia capace di imporre al titolare di quel potere non soltanto specifici incumbenti processuali (ad esempio: effettuare un supplemento investigativo), ma addirittura lo stesso atto di impulso (v. art. 410 c.p.p.): di modo che, verrebbe da dire, se l'obbligatorietà – presa di per sé come negazione di scelte discrezionali in punto di esercizio della pretesa punitiva – sarebbe formalmente rispettata, la riserva di titolarità, che abbiamo osservato essere una diretta emanazione della prima, di fatto ne uscirebbe compromessa.

La legge ordinaria, dunque, pur introducendo gli accorgimenti summenzionati al fine di garantire l'osservanza del principio costituzionale, giungerebbe ad ammettere quello che ad ogni buon conto è una contraddizione "interna" inevitabile.

Di fronte all'abuso del processo, inteso come possibile potere-rimedio del giudice al distorto esercizio dell'azione penale, si può fare lo stesso ragionamento?

La domanda potrebbe essere altrimenti posta nel modo seguente: l'attribuzione al giudice, chiaramente in via di *extrema ratio*, di un generale potere-dovere di ordinare la non prosecuzione dell'azione, qualora rilevi la presenza di un abuso da parte del pubblico ministero, può coesistere con l'obbligatorietà dell'azione penale o, al contrario, la vulnererebbe?

Orbene, al di là di ogni suggestione logica, l'accostamento dei termini «dovere» (art. 112 Cost.) ed «abuso» solo apparentemente integrano una contraddizione; al contrario, si riscontra una pratica giudiziaria che rende contezza di come al non malleabile principio costituzionale si contrappongono margini di azione e di scelte operative del magistrato d'accusa che difficilmente non potrebbero essere di fatto ricondotte al paradigma della discrezionalità, di guisa che, quand'anche non fosse possibile effettuare una sorta di "sindacato dei fini" perseguiti dal pubblico ministero nell'esercizio dell'azione, proprio in ragione del disposto della Carta, si potrebbero ben ipotizzare – oltre l'apparente limite di ordine teorico dato dalla rigidità del principio in oggetto – condotte della parte pubblica tese a piegare singoli istituti o poteri processuali a fini extra-legali o, adoperando il modello

ricostruttivo proprio della dottrina di *common law*, dirette a ricreare sin da principio un processo iniquo.

L'abuso di un obbligo, insomma, attesa l'ampiezza dei margini di discrezionalità attribuiti al magistrato penale, è molto più di una semplice evenienza teorica, ma una concreta possibilità pratica, palesando evidentemente la facilità di invocare l'obbligatorietà dell'azione come espediente per giustificare (per esempio) una pretesa punitiva "politicamente" orientata, rendendo pertanto – forse – l'elaborazione di una clausola anti-abuso con riferimento alla parte pubblica maggiormente necessaria di quanto non lo sia con riguardo all'imputato.

Sotto una diversa angolazione, va anche osservato che andrebbe respinta l'eventuale perplessità che deriverebbe dalla circostanza che, ordinando l'arresto del processo penale e il correlativo blocco della prosecuzione dell'azione, il giudice giungerebbe a ledere il principio dell'obbligatorietà, dal momento che si intrometterebbe nel compimento dell'atto propulsivo del processo: invero, attraverso la formulazione dell'imputazione, il pubblico ministero ha già ottemperato al dovere imposto dall'art. 112 Cost., radicando il controllo giurisdizionale; a tal punto, dunque, il presidio in parola interverrebbe proprio in funzione di garanzia della legalità penale stessa ed, al contempo, dell'equità della procedura. Su un piano di mera logica, quindi, si potrebbe quanto meno dubitare dell'esistenza di ostacoli insormontabili all'edificazione di un divieto abuso in termini di rimedio giudiziale *ex post*, vale a dire successivo all'esercizio dell'azione.

D'altra parte, *abuse of process doctrine* e discrezionalità (del *prosecutor*) costituirebbero solo apparentemente un binomio inscindibile: a ben guardare, i tratti complessivi della ricostruzione anglosassone mostrerebbero non tanto l'esigenza di reagire alla fisiologica evenienza di una distorsione del potere discrezionale del *Crown Prosecution Service*, quanto quella di evitare il protrarsi di un processo contrario all'equità o, comunque, all'integrità etica del sistema. In sostanza, la duplice dimensione – così sembrerebbe – del divieto di abuso del processo nel sistema anglo-gallese, come forma di garanzia soggettiva (*unfair trial*) ed oggettiva (*unfair to try*), vorrebbe compendiare istanze di efficienza di sistema e di protezione dell'imputato indipendentemente dal fatto che al *prosecutor* sia concretamente rimessa l'opzione persecutoria o meno, sembrando – verrebbe da dire, al più – che il rimedio in commento sia destinato ad operare quando è stato esaurito il ricorso agli strumenti intermedi e senza che i medesimi fossero in grado di "compensare" il pregiudizio patito dall'imputato.

#### **4. Tra esigenze di riforma normativa e scenari di riflessione**

Essendo – così parrebbe – non revocabile in dubbio l'esigenza di un'elaborazione compiuta intorno alla categoria dell'abuso del processo, segue

logicamente il problema relativo alla “forma” attraverso la quale esso debba essere introdotto nel sistema.

Come si desume da uno sguardo tanto ai prodotti normativi quanto a quelli giurisprudenziali, le strade sinora percorse sembrano essere sostanzialmente due; pertanto, varrebbe la pena soffermarsi sulle stesse, prima di inoltrarsi in ulteriori aperture prospettiche.

Una prima impostazione è quella concretizzatasi nel principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione, in una nota pronuncia di qualche anno fa (e oggetto di considerazioni pregresse)<sup>193</sup>.

La linea ermeneutica seguita insiste sulla teorica del pregiudizio effettivo, all'interno della quale verrebbe ricondotto il più specifico istituto dell'abuso del processo.

Non si tornerà a riflettere sugli aspetti critici della pronuncia: importante, tuttavia, sarà qui il rilievo per il quale l'abuso del processo, nella ricostruzione operata dalla Suprema Corte, si atteggia a proiezione di un indirizzo interpretativo più ampio, in seno al quale dunque troverebbe la propria logica e il proprio paradigma applicativo.

Si è di fronte ad una ricostruzione dagli spazi di veduta ristretti: il reale aspetto problematico che genera l'impostazione adottata in quella sede, infatti, è costituito dall'incapacità di offrire una risposta efficace all'abuso del processo come oggettiva disfunzione del sistema e, ad un tempo, distorsione dei fini di un potere o di una facoltà ad opera della parte.

La figura delineata, insomma, è tratteggiata o, per dir così, costruita a “misura di abuso” da parte dell'imputato o, comunque, destinata a non preservare in generale il sistema da ogni manifestazione comportamentale integrante un abuso.

Il pregiudizio effettivo potrebbe essere visto come il limite negativo (implicito) di operatività delle invalidità (delle nullità, in quel caso): se un atto difetta dei requisiti richiesti dalla legge, è nullo in via di principio; ma: il sistema ci suggerisce che l'invalidità debba presidiare interessi concreti, non già puramente ipotetici, di modo che al giudice sarebbe rimesso il potere di indagare sulla sussistenza di un elemento immanente (pregiudizio) alle fattispecie legislative in tema di invalidità, negando tutela – in caso di esito negativo – alla richiesta di parte (questo, in breve, il messaggio lanciato dalle Sezioni Unite).

È di immediata evidenza, tuttavia, che la ricostruzione così effettuata è incapace di offrire protezione a quella che costituisce invece la vera (e certamente più insidiosa) manifestazione di un abuso processuale.

L'intima essenza della categoria, infatti, è quella di una condotta formalmente rispettosa della legge o, comunque, non espressamente vietata, ma posta in essere per il conseguimento di finalità del tutto estranee alla logica

---

<sup>193</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, Rv 251497.

(normativa o sociale) per cui il diritto-potere è stato riconosciuto. Evidentemente, qui, il diniego di tutela per la condotta posta in essere è “arma impropria”.

È vero: il principio enunciato dalla Suprema Corte non escluderebbe espressamente dal proprio raggio di operatività alcuna parte processuale nello specifico; imputato o pubblico ministero (od altra parte privata che sia), che esercitino una facoltà al fine di “difendersi dal processo e non nel processo” (per usare il noto *slogan* evocato dal giudice nomofilattico), non possono ricevere tutela.

Ma imputato e pubblico ministero operano su piani sostanzialmente sfalsati. L'imputato subisce il processo e, come è logico, vi possono essere situazioni nelle quali la condotta posta in essere dal magistrato è formalmente legittima, ma di fatto aggredisce gli interessi della difesa, la quale – si desume – si troverebbe nella difficoltà di contrastare un comportamento processuale che, sotto il profilo normativo, non va incontro a nessuna censura.

In sintesi, la teorica del pregiudizio effettivo, per quanto suggestiva, offre una risposta limitata alla fenomenologia dell'abuso, lasciando scoperte pericolose (quando non addirittura più incresciose) manifestazioni che attraverso il primo paradigma non troverebbero alcun contrasto. Poca utilità pertanto, sembrerebbe di poter dire, avrebbe il consegnare in mano al giudice il potere-dovere generale di respingere una richiesta di parte quando, posto in essere un comportamento (in senso lato) deviante, non vi sia un'effettiva lesione da ripristinare.

Si impone, quindi, l'esame del secondo percorso.

Qui, siamo sotto il versante legislativo.

Il diritto positivo è irto di congegni tesi ad evitare o, comunque, a sanzionare condotte processuali chiaramente esemplificative di distorsioni (pur non essendo le uniche, le materie dell'inammissibilità e della deducibilità delle nullità sono certamente indicative al riguardo).

Se così è, l'idea che sorgerebbe è quella di affidare al legislatore l'opera di “aggiustamento” del sistema, introducendo adeguati meccanismi atti a porre la macchina giudiziaria al riparo dall'abuso processuale.

Tale linea direttrice non sarebbe di certo irragionevole: avrebbe, difatti, l'indubbio pregio di non affidare la risoluzione delle problematiche sinora evidenziate al lavoro giurisprudenziale che, per quanto razionale, soffrirà sempre di oscillazioni potenzialmente foriere di sperequazioni sul piano del trattamento.

Se, però, la prospettiva in commento si presenta suggestiva, non può passare sotto silenzio l'aspetto riguardante la tecnica tramite la quale l'intervento *de iure condendo* possa avere luogo.

L'ipotesi più vicina alla realtà dovrebbe essere quella di una modifica sistematica, diretta ad effettuare un generale riequilibrio dei poteri delle parti (nel procedimento e nel processo); ma non solo: perché, inevitabilmente, a tale

operazione dovrebbe necessariamente affiancarsene un'altra, che coinvolgerebbe il giudice.

In sostanza, sembra logico ritenere che il ruolo centrale all'interno della complessiva dinamica dell'abuso è svolto dal giudicante che, d'altra parte, vedrebbe consegnarsi nelle mani – in considerazione dei connotati della categoria in analisi – la funzione di presidio non soltanto della legalità e dei diritti degli attori processuali, ma anche dell'efficienza del sistema.

Sia chiaro, l'ipotesi di un potere-dovere del giudice di intervenire per sanzionare l'abuso, financo bloccando la prosecuzione dell'*iter* ove fosse compromessa l'equità della procedura, avrebbe poco a che vedere con il timore della reintroduzione di quel "paternalismo" giudiziario così prossimo al modello inquisitorio, dove il giudice disponeva della contesa attraverso penetranti poteri di direzione della stessa e di controllo dell'operato delle parti. Al contrario, l'opera di riequilibrio dovrebbe mantenere in capo alle medesime la funzione di protagonisti della vicenda processuale, lasciando residuare sulla giurisdizione il potere-dovere di intervenire in via di eccezione per sanzionare l'abuso eventualmente compiuto. Con un'ulteriore precisazione: che al riassetto degli equilibri relativi ai poteri di azione delle parti dovrebbe corrispondere un meccanismo di reazione giudiziale modulato in base alla gravità della condotta abusiva; con maggior chiarezza, si intende dire che, indipendentemente dalle soluzioni che in concreto si introducano per reagire ai comportamenti surrettizi delle parti, logica imporrebbe che il rimedio non fosse rigido, ma diversificato a seconda della tipologia di abuso, confinando alle situazioni-limite (eventualmente) quella dell'arresto del processo.

Un rilievo di fondo, al più, potrebbe essere mosso alla prospettiva di un intervento di ristrutturazione legislativa. Come si è già avuto modo di osservare, infatti, l'abuso del processo, di per sé, è categoria essenzialmente refrattaria a tentativi di classificazione rigida, così come ad ipotetiche cristallizzazioni normative. Anzi, le osservazioni sinora svolte condurrebbero verso la conclusione diametralmente opposta: l'abuso del processo è manifestazione pratica fisiologicamente al di fuori delle griglie legali che, come tale, mal si presta ad una positivizzazione.

Probabilmente, la conclusione più razionale potrebbe riassumersi in questi termini: che se non è materialmente possibile offrire un'elencazione completa od anche solo esemplificativa delle condotte integranti un abuso processuale, più plausibile diversamente potrebbe essere il tentativo di introduzione di una clausola generale con riguardo al potere-dovere in termini di rimedio o di sanzione; clausola, vale la pena puntualizzare, capace di offrire le coordinate applicative ed ermeneutiche al giudice in sede di intervento sanzionatorio.

## 5. Un “ospite gradito”?

Volendo trarre le fila del discorso, si arguisce come il problema relativo alle modalità di introduzione nel sistema della categoria dell’abuso del processo si può probabilmente sintetizzare in una domanda centrale: «lasciemo la cura degli interessi pubblici alla legge od alla scelta di un gruppo di saggi»<sup>194</sup>?

A ben guardare, la dialettica insita nel quesito evocato si riproporrebbe perfettamente anche all’interno della problematica in analisi. Si tratterebbe, sostanzialmente, di sciogliere un’alternativa di fondo: se affidare la disciplina della materia in oggetto esclusivamente alle previsioni legislative o se, al contrario, occorra lasciarla all’elaborazione giurisprudenziale.

Come noto, il sistema italiano si fonda – in generale – su un principio di legalità “forte”: l’idea di introdurre un’inespressa forma di invalidità (giacché, essenzialmente, di questo si tratterebbe) per via interpretativa contraddirebbe gli stessi pilastri che sorreggono il processo penale italiano.

Al contempo, però, i più volte tratteggiati caratteri dell’abuso del processo, difficilmente racchiudibile – come osservato – in una rigida formula legislativa, renderebbero per lo meno ardua l’ipotesi di un intervento legislativo che, alla resa dei conti, oltre a rimodulare gli equilibri di potere delle parti, finirebbe per inserire nell’ordinamento processuale una clausola fonte del potere-dovere del giudice di reprimere le condotte di parte scorrette; e giova altresì puntualizzare che detta clausola, per quanto sufficientemente (per ipotesi) descritta sotto il profilo della tassatività, scontrerebbe comunque le inevitabili oscillazioni ermeneutiche, trattandosi di materia, sembrerebbe di poter dire, in cui la diagnosi giudiziale è estremamente sensibile alle circostanze del singolo caso, quando non addirittura dalle stesse determinata.

Verrebbe quindi da chiedersi, dopotutto, se la soluzione dell’elaborazione di una clausola per via interpretativa non sia la strada più opportuna e se, al contempo, tale opzione ricostruttiva possa convivere con un sistema essenzialmente fondato – come detto – sul principio di legalità.

Insomma, ridotto ai minimi termini il discorso: fino a che punto si può spingere la discrezionalità giudiziale?

È un argomento questo, infatti, che non può essere ignorato, conducendo direttamente a domandarsi quali siano i limiti all’esercizio della discrezionalità insistenti sull’organo giurisdizionale in materia di invalidità processuali.

---

<sup>194</sup> Il dilemma fu anticamente preso in considerazione da ARISTOTELE, *Politica*, III, 15, 1286 a., il quale già osservava la problematica opzione fra l’affidamento della cura dei pubblici interessi alla legge o alla scelta discrezionale di un gruppo circoscritto di individui. Lucidamente, si osserva come i termini della appena evocata problematica si ripropongano con le medesime cadenze anche nei tempi attuali, “colpendo” – sembra di poter evincere – singolarmente ogni settore dell’ordinamento: v. M. NOBILI, *Commento all’art. 25 comma 1 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1981, p. 136.

Il tema è stato toccato in sede di analisi comparata, valendo tuttavia qui la pena di spendere qualche parola in più.

L'ordinamento processuale italiano appartiene – come noto – ad una tradizione culturale di tipo inquisitorio. Contrariamente a quanto accade nell'ordinamento anglo-sassone, dove la figura del giudicante è ipostasi di garanzia del singolo contro sia il potenziale sopruso del despota, che l'eccessivo rigore della legge sovrana, nel sistema interno la locuzione (anglosassone) *judicial discretion* evocherebbe l'immagine dell'arbitrio dell'autorità di cui, dunque, vanno contenuti i possibili sconfinamenti: il giudice *bouche de la loi* è espressione di questa esigenza e la legalità, in questo senso, è lo strumento di garanzia eletto all'uopo.

Alla base di ogni possibile prospettiva di elaborazione in via ermeneutica di una clausola generale di divieto di abuso nei termini delineati, vi è l'ostacolo – sembrerebbe – di natura ideologico-culturale costituito dalla preconcepita diffidenza verso le ricostruzioni giurisprudenziali operanti al di fuori delle griglie legali; diffidenza che si inasprisce, intuitivamente, quando l'area investita dall'intervento “creatore” è quella delle invalidità. Si tratta di categoria difatti (verrebbe da dire) che il giudice è tenuto a maneggiare sapientemente e con prudenza: l'effetto tipicamente caratterizzante le medesime, una volta accertata la violazione e disposta la sanzione *ex lege*, è data dalla caduta nel vuoto del (chiamiamolo così) lavoro processuale svolto. Ovvio, quindi, che l'idea di concepire un modello di vizio-sanzione, capace financo di arrestare l'*iter* procedurale, sciolto da un sia pur minimo riferimento astratto normativo, generi più di una perplessità quando non addirittura una netta opposizione. Ecco, dunque, che la legalità opera non soltanto come baluardo di garanzia del singolo, ma anche come strumento di salvaguardia dell'economicità processuale, puntando a contenere gli effetti demolitori della dichiarazione giudiziale entro confini tassativamente determinati.

Ma si tratta di principio indeclinabile? O, a certe condizioni, ammetterebbe anche una certa flessibilità? In particolare, se veramente – come non parrebbe revocabile in dubbio – la legalità nasce ed opera essenzialmente in funzione di garanzia, se ne potrebbe acconsentire un'emenda o una flessione proprio e sempre in direzione garantistica?

Non si può di certo dubitare della pesantezza dei limiti derivanti dall'eredità storico-culturale, né del valore di tutela del singolo che sul piano assiomatico svolge il principio di legalità.

Nondimeno, ammetterne un piegamento per la salvaguardia di esigenze di non minore rilevanza, di segno peraltro parimenti garantistico, forse non condurrebbe immancabilmente ad una sovversione del sistema ma, magari, al semplice recepimento delle necessità evidenziate dalla prassi. E la risposta, così pare proprio, non potrebbe che andare in un senso: se davvero la pratica sorpassa la teoria – specialmente nella materia trattata –, si dovrebbe prendere atto delle esigenze manifestate da un sistema che richiede, sempre e proprio al

fine di salvaguardare le garanzie fondamentali dell'imputato (che, come detto, si compendierebbero nell'equità processuale), strumenti flessibili, senza che ciò comporti ricadute eversive.

In ogni caso, sembra confermato un punto: che, indipendentemente dal fatto che l'affermarsi di tale categoria in ambito processuale è funzionale al recupero di istanze maieutiche e moralizzatrici della giustizia nel suo insieme, oltre che a fornire alle parti una direttrice etica per quanto concerne la condotta processuale, l'introduzione di una clausola anti-abuso avrebbe la duplice pratica funzione di garanzia dell'imputato (come argine alle condotte scorrette dell'accusa) e di protezione dell'efficienza del sistema (inevitabile, infatti, che un abuso, qualunque forma esso assuma, attinge il corretto funzionamento della macchina giudiziaria). Insomma, se non si può dubitare del valore etico o di principio che l'ordinamento processuale guadagnerebbe con l'introduzione di un generale divieto di abuso, nemmeno lo si potrebbe fondatamente con riguardo al versante delle garanzie soggettive ed oggettive. Una funzione (se così si vuol dire) educatrice, quindi, che si coniugherebbe con quella di ordine pratico di salvaguardia della "salute" del sistema-giustizia e che, per tale ragione, non renderebbe la categoria in oggetto invisa in linea di principio.

Nel sistema inglese, d'altra parte, individuare l'utilità dell'abuso risulterebbe più semplice anche in considerazione della funzione tradizionalmente attribuita al processo penale: *id est*, la repressione dei reati e la punizione dei colpevoli (corrispondendo a quest'ultimo aspetto quindi, in modo del tutto speculare, la salvaguardia degli innocenti dalla condanna). In questo senso, l'abuso del processo sarebbe una clausola connaturale alle finalità essenziali del sistema processuale anglosassone, diretto ad assicurare tanto la corretta convergenza degli stessi, quanto la concreta possibilità per il giudice di pervenire allo scioglimento di un'alternativa secca: *guilty/not guilty*. Questo, *in nuce*, sarebbe il significato dell'*abuse of process doctrine*: segnare al giudicante una barriera al dovere di rispondere alla pretesa punitiva.

Con riguardo al sistema italiano, al contrario, il discorso è molto più complesso; in via soltanto approssimativa, ma comunque sostanzialmente corretta, si può dire che la meta ultima verso cui il processo penale naturalmente tende è l'accertamento della fondatezza della pretesa punitiva. Il che significa qualcosa di diverso rispetto a quanto si intravede nel sistema preso come modello di comparazione.

Nell'ordinamento anglosassone, l'ipotetica prospettiva di un abuso da parte dell'imputato contraddice i postulati di sistema (*principle of legitimacy*), dal momento che risulterebbe del tutto estraneo ai fondamenti stessi della giustizia penale.

Nell'ordinamento processuale italiano, invece, la ricostruzione di un poterdovere giudiziale di sanzionare l'abuso del pubblico ministero si scontrerebbe essenzialmente con l'impostazione di base per cui tale categoria è stata elaborata con l'intento di reprimere le condotte dell'imputato con le quali egli

si vuole sottrarre al processo (una linea direttrice, quindi, che porterebbe direttamente a guardare come abuso la proposizione da parte dell'imputato di un'impugnazione al solo fine di lucrare la prescrizione del reato, per esempio). In sostanza, se l'idea, incardinata nell'impostazione invalsa nella giurisprudenza interna, è quella di una condotta di parte che impedisca al processo di giungere alla verifica dell'accusa, difficilmente sarebbe configurabile come rimedio da opporre alle condotte del pubblico ministero, al contrario tendente a velocizzare i tempi della procedura per giungere alla sentenza (di condanna).

Il discorso, evidentemente, muta però ove vengano cambiati i paradigmi di riferimento o, per meglio dire, qualora cambino gli obiettivi che attraverso il divieto di abuso ci si prefigge di raggiungere.

L'abuso del processo posto in essere dal pubblico ministero può minare l'equità complessiva della procedura, ingenerando il rischio della condanna di un innocente o, comunque, potrebbe condurre alla celebrazione di un processo dove *ab origine* gli equilibri della contesa sono sensibilmente compromessi, di guisa che all'imputato non sarebbe di fatto consentito l'espletamento di un'adeguata difesa.

È chiaro che l'emenda dell'impostazione sinora elaborata porterebbe a ridiscutere la tenuta stessa del principio di legalità; ma il problema sta, probabilmente, nella "sostenibilità" del sacrificio che si accetterebbe: in sostanza, ammettere un sistema che difetti di una clausola ampia, a protezione tanto delle garanzie individuali che dell'efficienza del sistema, in nome della legalità e di quelle garanzie che, ad ogni buon conto, verrebbero di fatto compromesse in assenza di un adeguato strumento di reazione alle prassi distorsive, produrrebbe con tutta probabilità la caduta nel vuoto di tutti i fini che sarebbero sottesi all'interesse che si vorrebbe preservare, ossia la legalità stessa.

## **6. "Moralizzazione" della giustizia penale: gli strabismi prospettici e i reali problemi di fondo**

Cercando di chiudere il discorso svolto nel paragrafo precedente, si concluderà con uno sguardo di insieme circa le ragioni – reali e supposte – che hanno sino ad ora determinato un approccio interpretativo alla tematica lontano da una ricostruzione sistematica o comunque, come si è detto, confinata entro direttrici operative ristrette.

Come noto – senza che sia opportuno indugiare sul tema –, il sistema interno presenta notevoli profili di inefficienza, che si riflettono sulla complessiva "salute" della macchina giurisdizionale.

Il sovraccarico di lavoro e la correlativa esigenza di assicurare una più razionale spendita delle risorse hanno certamente inciso sulla maturazione delle impostazioni interpretative sull'oggetto di analisi, inducendo la

giurisprudenza a concepire una categoria dell'abuso del processo secondo una chiave deflattiva o, ad ogni modo, tesa a stigmatizzare «lo spettacolo indecoroso di un giudizio piegato ad interessi antitetici a quelli istituzionali»<sup>195</sup>.

Logicamente, in seno all'evidenziato scenario, il bersaglio immediato della reazione posta in essere dagli operatori giudiziari (i giudici) non può che essere la difesa: è sulla stessa, infatti, che si appuntano i rimproveri (di natura etica, *in primis*) a cagione di una costante strumentalizzazione delle forme o, meglio, delle garanzie processuali: in sostanza, chi si serve delle medesime per scopi contrari a quelli istituzionali, si prende gioco del sistema<sup>196</sup>.

Risulterà chiaro, pertanto, come mai l'abuso sia stato tradizionalmente configurato come un'arma la quale, ancor prima che sul versante giuridico-processuale, avrebbe operato in quello "politico" od ideologico, quando non addirittura come improprio mezzo di pressione *de lege ferenda*, vale a dire come vera e propria istanza legislativa di introduzione di strumenti correttivi della condotta processuale delle parti, quando questa fosse palesemente deviante o scorretta.

Ragionevole durata del processo e riforma della disciplina della prescrizione, sotto questo aspetto, avrebbero rappresentato (e rappresenterebbero) i settori nei quali la direttrice anti-abuso si è manifestata maggiormente, così tuttavia acuendo – sembrerebbe – ancora di più il distacco fra i reali problemi di fondo della macchina giudiziaria e gli interventi concretamente operati all'uopo, distogliendo l'attenzione, dall'altro lato, da quella che dovrebbe essere la genuina logica giustificatrice della categoria in commento all'interno del sistema processuale: convergenza dei fini della giustizia penale, nonché salvaguardia dell'equità della procedura e dei diritti delle parti nel processo.

Poche righe, insomma, per evidenziare come alla base del "primitivo" approccio all'abuso del diritto vi sia una visione dell'ordinamento e del correlato apparato di diritti e garanzie di natura strettamente etica (o, comunque, pre-giuridica): donde la necessità di tutelare i diritti medesimi non soltanto all'interno della loro concreta dinamica, ma anche verso "l'esterno", cioè da una loro possibile ritorsione contro lo Stato stesso<sup>197</sup>, emergendo un'impostazione ideologica in seno alla quale i primi valgono non soltanto come posizioni soggettive di vantaggio, tesi cioè ad ampliare il contenuto della sfera giuridica dei privati, ma anche come veri e propri vincoli morali per questi ultimi, che di tal guisa diverrebbero i primi "custodi" della coerenza e della razionalità dell'ordinamento giuridico.

---

<sup>195</sup> E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Torino, 2016, p. 101.

<sup>196</sup> Per considerazioni generali sulla problematica relativa alla strumentalizzazione dei diritti e delle garanzie, v. ampiamente R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

<sup>197</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 98.

Ma si è anche osservato che nel danno “etico” o, comunque, in quello alla serietà ed all’integrità morale del sistema non si esauriscono le disfunzioni ricreate dall’abuso.

Ecco allora che, per via delle condotte abusive, al “danno estetico”<sup>198</sup> inflitto alla giurisdizione, si aggiungerebbe quello che coinvolgerebbe la tenuta stessa dell’ordinamento processuale e dei suoi equilibri; sicché, pare di poter sostenere, l’esigenza di una “moralizzazione” della giustizia penale, unitamente ad una responsabilizzazione etica degli attori processuali, rappresenterebbe soltanto una delle chiavi di analisi del fenomeno dell’abuso e delle ragioni che ne giustificerebbero o addirittura ne imporrebbero la piena introduzione nel sistema.

Insomma, non è soltanto un problema di natura etica. Vi è in gioco molto di più, dal momento che, razionalmente, lo sfasamento degli equilibri del sistema stesso – aggrediti dalle dinamiche abusive – mette in crisi non soltanto l’efficienza del processo penale e la sua ragionevole durata, ma la tenuta delle garanzie soggettive stesse.

Tale conclusione, a ben guardare, varrebbe sia di fronte ad un abuso posto in essere dall’accusa, teso a minare l’equità procedurale, sia rispetto a quello realizzato dalla difesa: nel primo caso, l’aggressione e il conseguente vacillamento dei diritti della difesa sono di immediata evidenza; nel secondo, tale aspetto è forse meno intuitivo, ma comunque percepibile: la condotta di chi strumentalizza le garanzie, utilizzandole per il proprio tornaconto, genera una (comprensibile) disapprovazione da parte della platea processuale (ivi compreso il giudicante), instillando (si direbbe inconsciamente) – come si è cercato di mostrare nel corso delle precedenti riflessioni – la suggestiva ma insidiosa idea che l’esercizio di un diritto, per scopi eccedenti quelli sottesi alla logica del loro riconoscimento, non possa ricevere protezione, aprendo così la strada ad un indirizzo ricostruttivo capace di annichilire i contenuti minimi delle garanzie stesse.

In ciò, quindi, si riassumerebbero – probabilmente – gli strabismi interpretativi che hanno riguardato la categoria in analisi, impedendone financo una compiuta elaborazione ed un razionale inquadramento.

Le difficoltà di approccio alla tematica, ancora, si apprezzerebbero di fronte al tentativo di ricondurre la categoria, posta com’è a metà strada fra diritto e sociologia (se non anche l’etica), ad una forma giuridico-tecnica composita. Al fondo di tutta la problematica sull’abuso del processo, difatti, lasciando da parte i limiti interpretativi e di ricostruzione in cui la prassi interna è incorsa, vi è una basilare difficoltà: quella di elaborare strumenti di contrasto a comportamenti formalmente ineccepibili, in ossequio alla legalità.

---

<sup>198</sup> E. AMODIO, *Estetica*, cit., p. 100.

Insomma, si riscontra anche una difficoltà di ordine tecnico, certamente non di minore peso nel momento in cui si voglia tradurre l'idea di una categoria generale in una realtà giuridica concreta.

Se la si vuole porre attraverso un'immagine meno ortodossa ma forse più efficace, si potrebbe dire che una clausola anti-abuso recherebbe una reazione a quei vuoti di previsione fisiologicamente insiti al principio di legalità.

Ciò, evidentemente, costituisce un forte freno ai tentativi di ricostruzione sistematica prospettati: l'idea di porre in discussione il naturale presidio delle garanzie individuali nel processo intimorisce, dal momento che si tradurrebbe in una reazione contro la stessa legalità, che all'atto pratico si vedrebbe ritorcere contro se stessa.

Il timore non è del tutto infondato, chiaramente; nondimeno, viene forse affrontato in un'ottica non adeguata, giacché muoverebbe dalla preconcepita equazione fra legalità processuale "forte" e salvaguardia delle garanzie individuali, sicché – come corollario di tale ragionamento – un'eventuale flessione della medesima significherebbe contrazione di quelle garanzie medesime.

Ma sarebbe veramente questa la chiave di approccio corretta?

Si è detto che l'abuso del processo non è riducibile ad una semplice devianza dalle forme; almeno, tale opzione ricostruttiva sarebbe troppo angusta: l'elaborazione di un potere-dovere di sanzione (per via legislativa od interpretativa) rappresentano soltanto un aspetto del complessivo problema che, in realtà, nasconde problematiche ben maggiori.

Restringere lo spazio applicativo di un'invalidità, secondo la teoria del pregiudizio effettivo, si pone tutto sommato come un'operazione che dal punto di vista logico è certamente più agevole: non vi è motivo di dichiarare un'invalidità perché nessuno ci ha perso e nessuno ci guadagnerebbe, quindi si nega l'applicazione della sanzione processuale. In sostanza, il paradigma del pregiudizio effettivo non scardina la legalità alla radice, ma ne introduce un temperamento mediante l'aggiunta alle fattispecie invalidanti di un elemento o di un limite di operatività negativo.

L'abuso del processo, si ripete, muove da una direttrice opposta: un pregiudizio esiste, ma è difficile contrastarlo, giacché il comportamento della parte è *secundum legis*. Ma si è detto che, in realtà, l'intera fenomenologia abusiva aggredisce tutti i postulati di sistema e i suoi complessivi equilibri, sicché perseverare nel non ammettere una tutela generale dalle manifestazioni abusive delle parti equivarrebbe, invero, a negare, di fatto, le garanzie sulle quali il sistema stesso si fonda e, alla resa dei conti, la legalità processuale che ne vorrebbe essere il presidio fondamentale.

Se così è, allora, non sarebbe nemmeno troppo avulso dalla realtà sostenere che un'ipotetica introduzione di una clausola generale di divieto di abuso, lungi dal ritorcersi contro la legalità, al contrario la tutelerebbe, giacché

costituirebbe il deterrente primo e (forse) massimo per le condotte processuali devianti e, ad un tempo, come uno stimolo all'ossequio delle forme.

Qui, insomma, il problema della simmetria tra forme e sostanza (per meglio dire: fra le forme astratte e i suoi fini) c'entra solo relativamente, così come sarebbero poco conferenti i timori circa una reviviscenza inquisitoria per via dell'introduzione nel sistema di clausole invalidanti al di fuori di ogni previsione legislativa.

A voler estendere il discorso e ad affrontarlo con la dovuta franchezza, la paura (per così chiamarla) sottesa all'elaborazione sistematica della categoria dell'abuso del processo sarebbe quella di giungere a concepire una legalità processuale di fatto asservita all'attuazione di quella sostanziale. Il corollario di tale modello di ragionamento è più che noto: la prima dovrebbe cedere ove la realtà mostrasse un'evidenza inconfutabile. Si paventa quindi l'abdicazione delle forme a vantaggio della verità materiale: come si può intuire, è idea che destabilizza.

Dall'altro lato, appartiene al genoma culturale italiano la concezione di un processo come strumento utile a pervenire ad un interesse a monte: il raggiungimento della verità, da intendersi come attuazione della legalità sostanziale. L'immagine di un ideale spartiacque fra diritto sostanziale e procedura, a cui seguirebbe l'assegnazione a quest'ultima di autonomi fini, genera infatti l'invisa immagine di un processo come luogo di finzione, che si distacca dalla realtà dei fatti attraverso un'impostazione di fondo per la quale il rispetto delle "regole del gioco" garantirebbe la bontà del risultato finale (indipendentemente, quindi, dal fatto che il prodotto dell'accertamento corrisponda a quanto storicamente accaduto).

Chiaro, dunque, che all'interno di questa cornice ideologica l'abuso del processo risulti categoria invisita: esso o, ancor meglio, il divieto di abuso, ricomponendo oltre gli espressi limiti del sistema lo iato fra verità formale e materiale, condurrebbe al rischio di disinteressarsi dell'apparato procedurale. Ma ci si accorge subito che la funzione che gli verrebbe così assegnata è – non si crede qui di indulgere ad iperboli – abnorme: come dire, troppe speranze ed aspettative su una categoria che, ad ogni buon conto, nascerebbe con pretese diverse: l'idea di una sanzione che colpisca il tentativo della parte di sottrarsi alla scoperta della verità materiale eccede indubbiamente quella di presidio di correttezza della dialettica processuale, così come del contenimento dell'impiego delle facoltà procedurali all'interno dei fini legali ed etici propri.

D'altronde, sono gli stessi scenari giuridici contemporanei ad acuire i timori di chi osserva che "la forza dei provvedimenti dei magistrati risiede sempre meno nella legge", postulando dunque il recupero del primato della legge. In questa prospettiva, insomma, l'abuso del processo sarebbe espressione di una giurisdizione autoritaria, capace di piegare le forme allo scopo di non compromettere il raggiungimento della verità.

Ma la deriva paventata è fondata? Si ripete: alla base dell'abuso del processo vi è l'esigenza di stabilire non una simmetria fra forme e sostanza (obiettivo del tutto estraneo allo stesso), bensì una simmetria fra osservanza delle forme e raggiungimento di una pronuncia giudiziale sul merito. Per meglio dire: che l'osservanza delle forme non divenga il pretesto per sottrarsi da una pronuncia finale equa.

Il difficile compito che si assegna alla categoria dovrebbe portare ad inquadrarlo, quindi, sotto una luce differente: non è in gioco, insomma, la necessità di "fare giustizia" anziché di applicare la legge, ma di adeguare il rigore delle forme al fine naturale del processo penale. Sarebbe questa, probabilmente, la prospettiva di analisi della categoria più corretta, idonea a reggere un corretto inquadramento della medesima: tanto, quindi, riguardo alle devianze comportamentali della difesa, quanto a quelle dell'accusa.

Conclusivamente, parrebbe possibile affermare che la dimensione "etica" ed al contempo emotiva, entro la quale si è soliti ricondurre l'abuso del processo, unitamente al richiamo dei doveri deontologici in capo agli attori processuali che in linea di principio la categoria in commento opera, è stata il facile espediente per rassegnarsi all'idea che sia impossibile ricondurre la stessa ad una dimensione giuridico-tecnica e, conseguentemente, di elaborare un modello di sanzione processuale *tout court*.

# Capitolo V

## ABUSO DEL PROCESSO E LEGALITÀ PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Legalità processuale vs. legalità sostanziale: le origini della dicotomia, le ragioni della scelta legislativa. – 2. L'esigenza di "invocare le forme poiché non si hanno i principi": insidie e derive (autoritarie). – 3. L'altra faccia della medaglia: l'esigenza di temperare il rigore delle forme. – 4. La dimensione (troppo) etica ed emotiva della ragionevole durata e dell'efficienza del processo. – 5. Possibili soluzioni: tra prospettive *de iure condito* ... – 6. ... e *de lege ferenda*.

### 1. Legalità processuale vs legalità sostanziale: le origini della dicotomia, le ragioni della scelta legislativa

In sede di conclusione del lavoro, si impone una riflessione di fondo in merito al rapporto fra l'abuso del processo e il principio di legalità processuale.

Invero, si tratta di una relazione che è stata più volte evidenziata: è evidente, infatti, che i tentativi (pur, come detto, frammentari e privi della – più volte segnalata come necessaria – sistematicità) di ricostruzione di una clausola anti-abuso si sono tendenzialmente attuati attraverso un'opera giurisprudenziale "creatrice", che si è trovata spesso ad intervenire non soltanto al di fuori degli schemi legali, ma anche – come posto in luce – in difetto di adeguate coordinate ermeneutiche.

Ciò, come si comprende, incide direttamente sulla tenuta del richiamato principio. Oggetto di scrutinio, quindi, sarà la conformazione dello stesso, ponendo al vaglio anche la prospettiva di un sistema processuale italiano che offra – pur rimanendo ancorato ad una legalità processuale "forte" – la possibilità di concepire clausole (in senso lato) invalidanti, come quella del divieto di abuso del processo, quand'anche non positivizzate<sup>199</sup>.

Al fondo di tutta la questione che si affronta, benché diverso nei contenuti, vi sarebbe un ulteriore nodo problematico: il delicato equilibrio – oggetto di mai sopite discussioni – fra la legalità sostanziale (che si manifesta nella predisposizione delle fattispecie incriminatrici e di quelle che intervengono nella loro applicazione) e quella processuale (che si estrinseca, invece, nelle norme che definiscono lo svolgersi della procedura).

Non è di certo questa la sede per scandagliare con profondità l'appena evocata tematica. Per completezza di spunti, tuttavia, vale la pena di svolgere qualche riflessione.

È una dialettica che innerva anche la tematica presente.

Come evidenziato nel corso del lavoro, la tentazione di resistere (per dir così) al "fascino" (che si vorrebbe definire) ingannevole delle norme astratte, piegandole a logiche sostanzialistiche in nome dell'interesse alla celebrazione di

---

<sup>199</sup> V. su tale aspetto e sulla presente proposta ricostruttiva: Cap. IV.

un processo “equo celebrato in tempi ragionevoli”, si connette intimamente – come si riesce bene ad intuire – all’esigenza di assicurare che la norma processuale non divenga l’espedito per sottrarsi alla procedura che la prima vuole regolare; al contempo, evitando questo “perverso gioco”, così collocando le garanzie nella cornice finalistica che gli apparterebbe, si compendierebbe la legalità sostanziale, intesa come attuazione del comando legale a fronte della violazione concreta perpetrata.

In questo modo, la costante tensione che si intravede fra (lo potremmo chiamare) il coefficiente repressivo, insito nella norma penale sostanziale che fonderebbe l’imputazione, e l’equilibrio dei poteri delle parti processuali, sul quale si ergerebbe l’apparato procedurale, si riverbera anche sull’abuso del processo. Più chiaramente: l’interesse pubblico al ripristino della legalità (sostanziale) violata vive una contrapposizione con l’esigenza di assicurare un bilanciamento di poteri fra gli attori del processo; ciò, in sintesi, si traduce nelle garanzie individuali che, al di là della specifica collocazione di contesto (processuale), si risolvono evidentemente in un freno alla debordante forza della spinta repressiva. Ebbene, l’abuso del processo – sia che si voglia inquadrarlo nei termini con i quali è stato impostato dalla giurisprudenza interna o, al contrario, secondo la ricostruzione di *common law* o, ancora, in entrambe le dimensioni – si inserisce all’interno di detto conflitto; abusare del processo (dell’esercizio dell’azione penale o di facoltà processuali) vuol dire interferire con l’attuazione dell’interesse punitivo: ci si sottrarrebbe, evitando di pervenire all’accertamento di merito, alla possibile applicazione della pena o, al contrario, si perverrebbe alla sua irrogazione in dispregio delle “regole [procedurali] del gioco”.

È una contrapposizione, quindi, che opera indipendentemente dalla direzione di operatività soggettiva dell’abuso processuale: se a compierlo è il pubblico ministero (per ipotesi: nell’esercizio dell’azione penale), il piegamento delle forme a logiche extra-istituzionali si manifesta tramite una distorsione della pretesa punitiva, fornendo quello che è (probabilmente) il momento parossistico di una deviazione patologica dei fini della legge penale; sul versante diametralmente opposto, l’aggiramento delle norme processuali o, comunque, l’utilizzo di una facoltà da parte dell’imputato per il proprio tornaconto, si ha nell’invocazione da parte di questi della necessità di attenersi alle norme procedurali al solo fine di rifuggire da una condanna.

La problematica dell’abuso del processo quindi, a ben guardare, ruota pure attorno a questa tensione, offrendo addirittura uno scenario di estrinsecazione della stessa ancora più singolare.

Normalmente, difatti, l’idea che si affaccia alla mente di chi immagina l’affievolimento della rigidità delle forme a vantaggio della “sostanza” è quella della disapplicazione di una norma processuale (per esempio, concernente un’invalidità) quando la sua attuazione contrasterebbe con quella che è la realtà dei fatti o, in ogni caso, con l’interesse al raggiungimento della verità. In parole povere: se l’applicazione di un’invalidità si risolve nell’annichilimento di un’attività processuale, dunque in un ostacolo (più o meno decisivo)

all'accertamento finale, è inevitabile che la norma processuale, da questo angolo visuale, costituisca un "intralcio" nel cammino verso il vero.

Il nucleo essenziale del problema dell'abuso del processo, differentemente, non sarebbe un eccesso di disapplicazione della legge (processuale), ma il contrario: un eccesso di invocazione delle forme (obbligo di esercizio dell'azione penale o di una garanzia difensiva), per giustificare l'attuazione egoistica di un interesse di parte (punitivo o di liberazione dall'accusa), oltre i limiti istituzionali.

Per certi versi, dunque, siamo alla regione opposta rispetto a quella deriva, spesso paventata di fronte alla prospettiva di una ricostruzione di una clausola generale anti-abuso, che si concretizzerebbe nell'abbandono "delle forme per amor di verità"; siamo proprio ad un livello antitetico: abuso è esasperazione delle forme, potendosi atteggiare anche come il prodotto di un processo ideologico e culturale durato secoli. La procedura, infatti, non è più da tempo mera «*praxis iudiciaria*, relegata ai margini dell'atlante dei saperi giuridici»<sup>200</sup>, ma corpo di regole il cui rispetto condiziona la bontà del risultato finale (accertamento). Dunque, l'esigenza che si riscontra, al più, è quella esattamente contraria: quella di non esacerbare l'ossequio delle regole formali, quando l'invocazione di queste sia diretta ad eludere l'applicazione delle norme sostanziali.

Chiaramente, l'aspetto più rilevante del dilemma è dato dalla possibilità di piegare la legalità processuale: emblematicamente, infatti, essa si manifesta attraverso forme che devono presupporre non malleabili, rigide.

Tuttavia, la pratica mostra costantemente i limiti di un dogma che, oltre a non potere (fisiologicamente) ricomprendere nell'alveo delle proprie previsioni di legge ogni evenienza della realtà, si ritorce contro sé stesso: è questo quello che abbiamo definito come l'essenza intima dell'atto abusivo; insomma, le prassi distorsive degli attori processuali mostrano quello che è il più che noto limite di un sistema in cui impera un'idea di fondo: quella di un mondo (normativo) "costantemente perfettibile", attraverso la successione degli interventi legislativi.

Una concezione della legalità in senso "forte", infatti, comporta un'impostazione culturale di fondo per la quale l'ordinamento si conforma alla mutevolezza della realtà per via delle modifiche normative, più che per il tramite dell'ortopedia interpretativa della giurisprudenza. Impostazione che, però, si esporrebbe razionalmente ad un'obiezione: non si tratta, almeno sotto il profilo tematico che ci riguarda, di rimediare alla eventualità di una norma ingiusta o, comunque, divenuta tale<sup>201</sup> – operazione che, indubbiamente,

---

<sup>200</sup> M. N. MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016, p. 5.

<sup>201</sup> Platone, Critone, trad. di MANARA VALGIMIGLI, introd. e note di A.M. IOPPOLO, Roma, 1996; M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e*

potrebbe benissimo compendiarsi in un sapiente disegno legislativo di correzione –, quanto più propriamente di reagire alla fisiologica imperfezione del diritto positivo: imperfezione, a ben vedere, data dalla possibilità di uno sviamento dello stesso o, meglio, delle facoltà o dei poteri da esso riconosciuti. In questo senso (detta in termini più semplici), si potrebbe dire che la legge scritta nasca di per sé “imperfetta”; vizio che, sembrerebbe proprio, non sarebbe eliminabile attraverso un successivo intervento legislativo (altrettanto gravido di un’imperfezione). Donde la necessità – più di natura pratica che razionale – di affidare il rimedio alla (come l’abbiamo chiamata) imperfezione intrinseca delle norme (processuali, nel nostro caso).

D’altra parte, l’idea secondo la quale le lacune di un sistema basato sulla legalità sarebbero da accettare come il limite intrinseco dello stesso riposerebbe su una visione di massima della legge come strumento che, al di là dei vuoti di previsione (di per sé inevitabili e rimediabili solo *ex post*), sia capace di regolare e risolvere conflitti individuali senza la mediazione di una giurisprudenza “creatrice” o, comunque, integratrice della prima (rischio che, anzi, l’assioma della legalità vorrebbe scongiurare). Ed è un’idea, a ben vedere, che si scontra con un dato incontrovertibile: alla rasserenante immagine di un processo interamente determinato dalla legge, quindi lontano dal pericolo di una condanna di qualcuno in assenza di una «regola che non venne mai emanata e [per via di] una repressione [di esclusiva origine] giudiziaria»<sup>202</sup>, se ne affianca un’altra nella quale sono presenti operatori processuali ai quali è conferito *ius ad loquendum*, quando non addirittura la funzione di adattare l’applicazione della norma astratta al caso concreto (funzione sempre più “delegata” ai giudici, nei tempi attuali).

È vero: l’idea di un potere giudiziale senza base legale rischia di essere – così si potrebbe dire – l’anticamera dell’arbitrio; ma da questo solo assunto (che, comunque, rimane in via di principio corretto), sarebbe logicamente un errore ricavare che non è ammesso alcun piegamento per via interpretativa della legalità, financo giungendo ad affermare che operazioni di questo tipo costituirebbero sovversione del sistema.

Non potrebbe allora darsi davvero per scontata l’affermazione secondo cui la legalità processuale non possa tollerare piegamenti o flessioni di sorta (per via ermeneutica), non fosse altro per il fatto che diverse dinamiche, osservabili nella prassi, mostrano – e l’abuso del processo ne sarebbe un chiaro esempio – come spesso non venga in discussione la tenuta del rigore delle forme e degli eventuali *vulnera* normativi, quanto piuttosto di un complesso normativo che, a causa delle prassi distorsive, verrebbe ad auto-contraddirsi, favorendo l’inseminazione di spinte che si ritorcono proprio contro quegli interessi a monte che quelle forme stesse vorrebbero tutelare.

---

*processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016, p. 67.

<sup>202</sup> CICERONE, *Pro Cluentio*, in G. PUGLIESE (a cura di), Milano, 1972, p. 213. Per ulteriori riferimenti sul problema, v. M. NOBILI, *L’immoralità necessaria*, Bologna, 2009, nn. 744-746.

Se siamo – come sembrerebbe corretto ritenere – di fronte ad una necessità pratica ineludibile, varrebbe forse la pena di effettuare uno sforzo nella riflessione in un altro senso: in che modo è possibile garantire all'interno del sistema domestico la convivenza fra rigore formale ed estro “creativo” giurisprudenziale?

## 2. L'esigenza di “invocare le forme poiché non si hanno i principi”: insidie e derive (autoritarie)

Si è già avuto modo di evidenziare tanto le suggestioni quanto i rischi di deriva autoritaria insiti nel richiamo ai principi e nel concomitante distacco dalle forme legali<sup>203</sup>.

Non si può dubitare, però, che l'esercizio del potere giudiziale in assenza di base legale e quello che, in nome di una base legale e di quegli interessi che la legalità si prefigge di proteggere, introduca strumenti e moduli operativi diretti a presidiare quegli interessi da violazioni distruttive (egualmente non previste dal diritto positivo), siano fenomeni sensibilmente diversi.

Alla base della concezione per cui è necessaria una legge scritta, come noto, vi è una coordinata assiomatica che non è estranea nemmeno ai pensatori appartenenti al contesto ideologico-culturale di *common law*: “quando difetti una norma [*norma legis*], ogni cosa dobbiamo assumere quasi come un sospetto: allo stesso modo dei luoghi oscuri”<sup>204</sup>. Non è tuttavia un caso che quegli stessi intellettuali che hanno affermato con forza l'esigenza del primato della legge scritta, hanno al contempo evidenziato sì i pericoli derivanti dalla carenza di una base legale, ma in una direzione specifica: “È atroce distorcere le leggi, pur di far violenza a taluno”<sup>205</sup>. Tradotto (si può desumere): l'esigenza di un diritto positivo e, parimenti, di attenersi al dettato della legge scritta come garanzia dell'individuo contro la straripante forza del sovrano.

Dall'altro lato, l'atto del vincolare lo *ius dicere* ad un complesso di regole uniformi, scritte, risponde ad una – certamente non meno importante – necessità di ordine logico e pratico: se il giudicante, difatti “decide[ss]e, volta per volta] per suo conto quali regole di giustizia [siano] più idonee, [ne avremmo una] tanto grande incertezza, che non ne risulterebbe alcuna determinata regola di condotta”<sup>206</sup>.

Risulterebbe strano, a prima lettura, notare che le impostazioni di pensiero appena evocate provengano da studiosi appartenenti a quella che sarebbe l'area (forse) di massima espressione di un diritto fondato sul *case law*. Quello che, in

---

<sup>203</sup> V. *retro*: Cap. I.

<sup>204</sup> F. BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, in ed. latina ampliata, Wirzburg, 1780, VIII, massime 13, 15, 25 e 96; parimenti, v. T. HOBBS, *Leviathan*, [1651], in A. PACCHI – A. LUPOLI (a cura di), Bari, 1997, p. 227, per cui “Basta un interprete astuto per far assumere alla legge un significato opposto a quello datole”.

<sup>205</sup> F. BACON, *De dignitate*, cit., massima 48.

<sup>206</sup> D. HUME, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, [1751], III, 2, in M. DAL PRA – M. LECALDANO (a cura di), Roma-Bari, 2009, p. 42.

effetti, potremmo definire come empirismo giuridico contraddirebbe, in apparenza, quelle esigenze di astrazione e di unitarietà proprie dell'area giuridica continentale (*civil law*), dove il tentativo di comporre i conflitti individuali è compiuto dal legislatore.

Con tutta probabilità però, non diversamente da quanto si è detto in precedenza, è un errore di prospettiva ritenere che all'assenza di un puntuale riferimento normativo, per ogni evenienza pratica verificabile, corrisponda immancabilmente l'arbitrio puro: la differenza fra arbitrio e discrezionalità, infatti, è già stata sottolineata<sup>207</sup> e l'elaborazione di regole non scritte, partendo dal caso pratico, non esorbiterebbe nel primo, qualora detta elaborazione si conformasse comunque ad una direttrice di fondo, avente di mira la salvaguardia proprio di quel sistema basato sulla legalità.

Il che, letto attraverso la "lente" del tema in analisi, ci suggerisce un ragionamento: se il complessivo dogma della legalità processuale attua un'esigenza di garanzia per l'individuo (imputato), esso dovrebbe fornire le condizioni minime per assicurare un equanime trattamento delle vicende processuali e, al contempo, l'equilibrio dei poteri delle parti; dunque, se – come non sembra potersi dubitare, dal punto di vista razionale – lo stesso è incapace di coprire l'intera alea delle situazioni che nel procedimento sono suscettibili di verificarsi, non sarebbe propriamente frutto di arbitrio la creazione per via interpretativa di una clausola generale di divieto di abuso se con essa, in assenza di una norma "di copertura", si ponesse un rimedio a quelle condotte dirette a ledere quegli interessi che la legalità vorrebbe proteggere.

Operazione interpretativa *praeter legem* o diversamente denominata, quel che rileva, in fin dei conti, è un dato: il risultato verosimile non dovrebbe essere lo scardinamento di assiomi o ancor peggio una deriva autoritaria, ma l'esatto opposto: con l'introduzione di clausole (per così dire) di riequilibrio, il sistema verrebbe ad auto-integrarsi.

Se così è, in seno a detta prospettiva sarebbe quindi ben lontano il "fantasma" di un giudice che, con la pretesa di fare giustizia nel caso singolo, creasse *sua sponte* una regola del tutto avulsa dal sistema, financo allo scopo di recare pregiudizio all'individuo.

D'altronde, se veramente il rischio sotteso all'assenza di base legale e la necessità di imbrigliare l'estro interpretativo del giudice si ricollegano al timore di un pregiudizio a carico del singolo, non può non destare attenzione la circostanza che non sia – quasi mai, sembrerebbe – espressamente paventato il pericolo di una "creazione" del diritto per via giurisprudenziale *in bonam partem* o, se vogliamo, in senso garantistico così, al contempo, salvaguardando la stessa tenuta razionale dell'ordinamento.

Né, poi, servirebbe ricordare che «lo stampo classico del *iudex servus legis* ha – esso stesso – prodotto atrocità, immoralità, ingiustizia ... vari encomi ed entusiasmi per la sua tradizionale colonna portante (le norme promulgate, come 'figlie di una volontà generale', nelle sue molte varianti) sono messi a dura

---

<sup>207</sup> V. Cap. II.

prova, *hic et nunc*: troppo spesso la legge viene in realtà introdotta da un numero ristretto di ‘capi-partito’, da prevaricazioni, da sodalizi occulti. Tutto ciò mantiene poco di quella postulata “volontà sociale”»<sup>208</sup>.

### **3. L'altra faccia della medaglia: l'esigenza di temperare il rigore delle forme**

Sia ben chiaro: la conseguenza delle riflessioni svolte non deve essere quella di uno scenario di totale abbandono delle forme legali, per giungere alla consegna completa della funzione di “creazione” del diritto all'organo giurisdizionale; né si vuole sostenere in assoluto un sistema in seno al quale – per sintetizzare – è la prassi a fornire all'interprete la regola, ovvero la base per l'elaborazione di una norma giuridica, sostanzialmente pervenendo ad uno sradicamento culturale con il concomitante impianto di modelli di riferimento estranei alla tradizione interna.

Il nodo problematico è un altro: evidenziati i limiti di un sistema processuale che si erge sul principio di legalità ed ammessa la necessità di procedere ad un temperamento del rigore delle forme, occorre vagliare la conseguente tenuta del sistema stesso e, del pari, sottoporre a critica le eventuali operazioni in tal senso.

Della dialettica fra legalità sostanziale e processuale si è già parlato; si intuisce che, al fondo della stessa, vi è uno iato per certi versi fisiologico, percepibile ove soltanto si rifletta sulla distanza che separa la (come è stata chiamata) legalità “offerta” (intendendosi per tale quella che si cristallizza nelle fattispecie incriminatrici) e quella “raggiunta” (riguardante, invece, quella che muove da una notizia di reato e che si consoliderebbe nell'accertamento finale)<sup>209</sup>; quest'ultima, a ben guardare, segue vicende proprie, all'interno di un arco temporale ed un contesto (quello procedimentale) determinato da evenienze (anche casuali) e contingenze specifiche del singolo caso.

Il processo penale, come noto, è per sua stessa natura “selettivo”<sup>210</sup>: a determinare l'accertamento giudiziale non è unicamente (potremmo anche spingerci a dire: non tanto) la norma incriminatrice che fonda l'addebito, né le regole che disciplinano il dipanarsi della procedura, ma tutto quelle che accade al suo interno, dove le dinamiche poste in essere dalle parti plasmano concretamente il materiale su cui si fonderà la sentenza.

In questo senso, l'alea dell'imprevisto costituisce aspetto fisiologico alla legalità processuale, dal momento che, di fatto, il risultato di quanto è trasfuso

---

<sup>208</sup> M. NOBILL, *Il processo e il diritto*, cit., p. 72.

<sup>209</sup> T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016, p. 85. In questo senso, vedi anche G. FOSCHINI, *La reg giudicanda*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, pp. 38 e ss., sull'introduzione della categoria dogmatica della reg giudicanda, intesa come il prodotto della fattispecie materiale che viene a formarsi all'interno del procedimento e che si cristallizza nell'accertamento giudiziale.

<sup>210</sup> T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale*, cit., p. 85.

nella statuizione finale è il frutto di contingenze che la prima non è né in grado di prevedere a priori, né – quand’anche, per ipotesi non creduta, vi riuscisse – di conformarle interamente, attraverso la ricostruzione operata nella sentenza, al comando della fattispecie incriminatrice.

Non è questo lo spazio per riflessioni di simile portata; ma la conclusione logica alla quale si giungerebbe è quella di un ribaltamento della prospettiva secondo cui la norma processuale avrebbe funzione servente rispetto alla legalità sostanziale; pare di potersi sostenere il contrario: che la corretta comprensione dei limiti della prima e dell’adozione degli opportuni correttivi costituiscono la diretta premessa per la tenuta e la corretta attuazione della seconda.

D’altra parte, sono noti i timori espressi di quella dottrina che già da tempo parla di un diritto “senza fattispecie [astratta]”<sup>211</sup>.

Senz’altro, una possibile deriva in direzione totalmente anti-legalitaria sarebbe da guardare con sfavore; ma esisterebbe, probabilmente, una prospettiva intermedia: quella di concepire come punto intermedio fra la norma astratta e la realtà pratica del processo (come esperienza singola e mai del tutto sintetizzabile nelle formule del codice di rito) la c.d. “fattispecie giudiziaria”<sup>212</sup>.

In altri termini, ragioniamo unicamente con le norme e la pratica del processo.

Fra il livello normativo puramente astratto (dato dalle fattispecie costruite dal legislatore e che, in sintesi, indicheremo come quelle trasfuse nel codice di procedura) e quello del procedimento singolo, si potrebbe collocare una sorta di modulo operativo e ricostruttivo mediano: nell’intento di conformare le esigenze originate dalla prassi, che richiede strumenti flessibili (anche in ottica di adeguamento alle indicazioni sovranazionali) al rigore di una fattispecie anelastica (specie quella predisposta in materia di invalidità processuali), si potrebbe ipotizzare un intervento della giurisprudenza diretto ad elaborare vere e proprie clausole di adeguamento, di coniugazione fra gli antipodi anzidetti.

Ad ogni buon conto, si potrebbe dire che in ciò si esprima la razionale esigenza di un temperamento delle forme e, al contempo, che la stessa esigenza fornisca la premessa di una tanto inevitabile quanto prudente metodologia di elaborazione di clausole per via giurisprudenziale.

E la questione del metodo, invero, assume rilievo centrale.

Da una parte, risulterebbe essenziale l’individuazione degli eventuali parametri interpretativi attraverso i quali l’elaborazione delle clausole anzidette possa avere luogo. Con maggior chiarezza, traslando il ragionamento al tema del lavoro, si fa riferimento al metodo di rilevazione del vizio-abuso: occorrerebbe definirne con la massima precisione i tratti costitutivi e, al contempo, il rigore dell’accertamento giudiziale in punto di diagnosi.

---

211 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, pp. 183, 147.

212 V., per tale espressione, D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016, p. 153.

Dall'altra, occorrerebbe evitare il rischio che, per il tramite di simili operazioni esegetiche, si pervenga ad una erosione totale del principio di stretta legalità, quando non addirittura al piegamento di tale opzione verso recrudescenze dell'interesse punitivo<sup>213</sup>. Si ripete: la prospettiva di ricostruzione ipotizzata non avrebbe il fine, ammessa l'esigenza di un temperamento della rigidità dell'assioma in parola, di sovvertire la tenuta del sistema; la logica dell'intervento giurisprudenziale, in nome della salvaguardia delle garanzie della difesa e dell'efficienza del sistema, richiede sì strumenti flessibili, ma non incontrollabili.

È in quest'ultimo senso, allora, che diviene essenziale, accanto all'operazione diretta a tracciare il metodo di indagine giudiziale in merito alla rilevazione dell'abuso, il profilo inerente al controllo della correttezza sul piano tecnico-giuridico della statuizione adottata (v. *infra*).

Sono aspetti, logicamente, connessi: la corretta individuazione dei parametri e degli elementi sui quali fondare sia la ricostruzione di una clausola anti-abuso sia l'individuazione delle manifestazioni pratiche risponde alla successiva necessità di garantire un controllo *ex post* dell'accertamento sul punto. In tal senso – riservandoci di trattare a breve tale aspetto –, chi sarebbe l'organo deputato a svolgere tale incombenza?

Un punto va ulteriormente chiarito.

Ove davvero giungesse a concretizzarsi, quale significato avrebbe l'impostazione proposta da un punto di vista ideologico-culturale?

È inevitabile, infatti, che essa si esponga in modo diretto all'obiezione secondo cui così ragionando, di fatto, ci si arrenderebbe ad uno scenario che vede il prepotente predominio della giurisprudenza sul versante della creazione del diritto, il quale – come si evince da uno sguardo alla prassi quotidiana – viene a formarsi sempre più nelle aule giudiziali che nei testi di legge. Indipendentemente, infatti, dalle ragioni sottostanti a tale fenomeno (fra le quali, come si sa, rientrano le spinte provenienti dal diritto sovranazionale, che tende ad introiettare nell'ordinamento interno metodologie e strumenti operativi più congeniali al retroterra di *common law* che alla tradizione continentale), quello appena menzionato è un dato empiricamente osservabile.

Ma se tanto è, davvero sarebbe proficuo arroccarsi su una posizione conservatrice, davvero finendo per «subire una trasformazione epocale invece di provare a governarla»<sup>214</sup>?

Razionalmente, l'acuirsi dello iato fra istanze conservatrici (tendenzialmente dirette a salvaguardare il baluardo della stretta legalità come forma di presidio delle istanze del singolo) e pratica (sensibile invece alle esigenze di efficienza del sistema) condurrebbe – benché sia stato sostenuto il contrario<sup>215</sup> – a relegare la critica accademica, in seno alla quale si addenserebbero le impostazioni

---

213 Così, M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 27 e ss.

214 M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nel sistema delle invalidità processuali penali*, Bononia University Press, 2012, pp. 107 e 179.

215 D. NEGRI, *La costruzione*, cit., p. 157.

maggiormente fautrici del mantenimento del pilastro della stretta legalità, ad un ruolo sterile e privo di concreta capacità “riformatrice”.

Torna a tal punto utile sottolineare nuovamente un aspetto: se è vero che – come la tematica presente ci mostra, a ben guardare – che la pratica spesso sorpassa la teoria (senza tangerne la bontà razionale su un piano astratto o di principio, sia ben chiaro), la soluzione teorica sarebbe davvero proficua se, preso atto delle esigenze manifestate dalla prassi, si conformasse ad essa, tentando di offrire metodologie per un corretto governo delle prime, al fine (per lo meno) di contenere quelle insidie irrazionali o addirittura potenzialmente eversive che si annidano nelle moderne operazioni interpretative.

#### **4. La dimensione (troppo) etica ed emotiva della ragionevole durata e dell'efficienza del processo**

Possiamo tornare adesso al punto di partenza: quale sarebbe il beneficio pratico che si trarrebbe da una sistemazione organica della materia oggetto di analisi?

Si è già ragionato sulla natura intrinsecamente metagiuridica ed, al contempo, “emotiva” dell’abuso del processo<sup>216</sup>. Dunque, l’opportunità di criticare il metodo di elaborazione di una clausola generale (di previsione ed insieme di sanzione del medesimo) dovrebbe offrire quanto meno il pregio di non consentire che lo strumento (divieto e rimedio al vizio) sia il veicolo di spinte irrazionali quali posso essere – lo si è detto diffusamente – i principi della ragionevole durata e dell’efficienza del processo.

Con ciò, si badi, non si intende dire che la chiave ricostruttiva ipotizzata non risponda anche alla necessità di contenere le lungaggini procedurali e di assicurare il coerente impiego degli strumenti processuali a disposizione delle parti, con ciò quindi consentendo una razionale gestione del carico di lavoro giudiziario e di buon funzionamento del sistema-giustizia in generale. È inevitabile infatti che, di riflesso, anche tali direttrici risulterebbero compendiate per la via summenzionata.

Nondimeno, il pericolo che qui si vuole evidenziare, insito nelle istanze di contrazione dei tempi processuali e di efficienza, è quello, da una parte, di un loro facile piegamento a pulsioni repressive; dall’altra, della difficile controllabilità delle statuizioni in materia di abusi processuali possibilmente fondati sui parametri anzidetti.

Sotto il primo profilo, si è già posto in luce come la ragionevole durata del processo (che sembrerebbe quasi formare, in seno a questa prospettiva, con il principio di efficienza e di corretto funzionamento della macchina giudiziaria una sorta di sintagma indissolubile) sia stata per lo più impiegata come mezzo di giustificazione per la repressione di quelle condotte dell’imputato volte a sottrarsi all’accertamento di merito; in questo senso, l’esigenza di non lasciare all’arbitrio del medesimo l’allungamento dei tempi procedurali (che, come noto, è stata attuata negando tutela alla richiesta di parte, sul presupposto della carenza di un

---

<sup>216</sup> V. sul punto: Cap. I.

concreto pregiudizio), almeno nella dimensione interpretativa nella quale è stata consuetamente collocata, rende molto prossimo il pericolo di un impiego di tale “arma” secondo direttrici persecutorie o, comunque, anti-garantistiche.

In ordine al secondo profilo, pur non dubitandosi della “copertura” costituzionale degli interessi in commento (art. 111 Cost.) e della loro essenzialità con riguardo alla salute del sistema e alla tenuta delle garanzie individuali, si deve rammentare la difficoltà di concepire una certa e ben congegnata forma di controllo giudiziale *ex post* sulle statuizioni adottate sulla base degli stessi: si tratta, come si intuisce, di parametri-principio (eccessivamente) elastici, soggetti al rischio di una fin troppo ampia alea interpretativa; il che, a ben guardare, renderebbe più che fondato il timore di sperequazioni di trattamento.

D'altronde, complessivamente guardate, le evocate istanze costituiscono spesso – come l'esperienza quotidiana ci ha dimostrato – il canale di entrata, all'interno del processo, di pressioni emotive che ben poco avrebbero a che vedere con il fenomeno dell'abuso.

La domanda collettiva di giustizia (a voler così denominarla), unitamente all'esigenza per lo Stato (vera o supposta) di fornire una risposta forte a manifestazioni criminali di gravissimo allarme sociale, è – come ben si comprende – un “oggetto” dalle imprevedibili possibilità di strumentalizzazione, ivi compresa quella di utilizzo come pretesto per reagire contro le prassi di quegli attori processuali (la difesa) che, al fine di lucrare (nel senso più lato possibile) l'impunità, usano le leggi per il proprio tornaconto, eccedendo chiaramente – ci si richiamerà per opportunità di sintesi alle argomentazioni svolte nel capitolo precedente – quelli che dovrebbero essere i fini e la logica ultima di un divieto generale di abuso.

Se, poi, a ciò si aggiunge l'”anima” meta-giuridica ed emotiva dell'abuso in sé il quale, ancora prima di venire incontro a disfunzioni di sistema, richiama inconsciamente una spinta verso la responsabilizzazione morale dei soggetti coinvolti nel processo, si capisce che l'exasperazione egualmente “emotiva” di una categoria che, di per sé, è permeata da fattori etici, renderebbe la medesima un oggetto oscuro, assolutamente indecifrabile sul piano giuridico e, dunque, insuscettibile di assumere una forma a livello tecnico.

## **5. Soluzioni possibili: tra prospettive *de iure condito* ...**

Si impongono alcune riflessioni in merito a delle plausibili soluzioni sui problemi generati dall'abuso del processo.

Se si esclude un'unica pronuncia nella quale si è concretamente proposto un inquadramento generale del fenomeno ed un modello di reazione (si fa riferimento alla nota sentenza delle Sezioni Unite, più volte richiamata nel corso della trattazione), quello appena segnalato costituisce il profilo sul quale – come noto – quasi mai si è presa una posizione espressa.

In sostanza, nel difficoltoso scenario delle riflessioni maturate sul tema, si intravede una generale consapevolezza circa il problema “abuso”; si direbbe: che

esso esiste; le necessità pratiche conseguenti, però, richiamano tipologie di rimedi che si scontrano con una struttura del processo penale refrattaria all'ingresso di strumenti – lo si è cercato di dimostrare – incomprimibili entro lo schema (fin troppo) rigido della previsione legale. In fin dei conti, la ritrosia verso l'elaborazione di soluzioni di sistema nel senso predetto è data da tale ragione di fondo: la difficoltà di maneggiare un paradigma difficilmente coniugabile con la stretta legalità.

Ciò, però, non impedisce di ricostruire un quadro riassuntivo circa le possibili emende dello scenario attuale.

In tal senso, le considerazioni seguirebbero due direzioni distinte. Da una parte, si può tentare di scorgere una via d'uscita dall'*empasse* che si riscontra nel panorama legislativo attraverso gli strumenti (normativi od interpretativi) che quest'ultimo offre; dall'altra, si potrebbe ragionare su una possibile soluzione in prospettiva di futura legislazione o, comunque, di elaborazione di nuovi modelli ermeneutici o moduli operativi.

Con riguardo alla prima angolazione prospettica, è utile tornare su un aspetto: l'ipotesi di spostare il "baricentro" delle politiche repressive dell'abuso sul versante del giudizio disciplinare<sup>217</sup>, che verrebbe eventualmente iniziato avverso l'autore della condotta processuale scorretta, non fornisce risposta affatto soddisfacente. Essa costituirebbe, a ben guardare, l'ennesimo (fiacco, forse) tentativo di sottrarsi a quelli che sono i reali problemi suscitati dal fenomeno in parola: siamo di fronte ad una disfunzione dalle concrete capacità eversive di sistema, oltre che potenzialmente ricreante distorsioni (pregiudizi) che, mediante tale ultima opzione, non troverebbero mai un rimedio all'interno del singolo procedimento, così alimentando i profili di inefficienza di una macchina giudiziaria già – come sottolineato – sofferente.

Ragionevolmente, le soluzioni dovrebbero inserirsi ed operare all'interno del processo penale stesso in cui si concreta la violazione: intervento terapeutico endoprocedimentale, insomma, o che dir si voglia.

Se così è, passando al vaglio delle soluzioni che si potrebbero adottare al presente, la prima idea potrebbe essere quella di insistere nel solco interpretativo tracciato dalle Sezioni Unite.

Si tratterebbe, in questo senso, di lavorare sul pregiudizio effettivo, elevando tale criterio ad un vero e proprio paradigma operativo, utile a comporre le antinomie generate dall'abuso.

Si è, tuttavia, posta in evidenza l'angustia di prospettiva di tale impostazione di fronte alla tematica in analisi: lasciando da parte i dilemmi provocati da un criterio che ad oggi, pur nell'ampiezza delle situazioni in cui è stato evocato dalla giurisprudenza, fatica a trovare una sistemazione organica in termini di teoria generale<sup>218</sup>, tale direttrice operativa non permette di offrire una risposta completa alle manifestazioni abusive di parte. Si ripete: il pregiudizio effettivo è costruzione elaborata dalla giurisprudenza per arginare i tentativi dell'imputato di

---

<sup>217</sup> V. in tal senso, F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, pag. 2610.

<sup>218</sup> V. ampiamente sul punto, M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit.

sottrarsi al processo; sarebbe inidonea quindi, per sua costituzione, ad un impiego in chiave difensiva o, detta diversamente, come strumento di contrasto agli esercizi “obliqui” dell’azione penale da parte del pubblico ministero.

D’altra parte – come più volte ripetuto –, la premessa per l’operatività del criterio in parola è data da una violazione di legge che, però, non va incontro alla sanzione legalmente prevista per difetto di concreta lesione a carico di alcuna parte. L’abuso del processo è l’opposto: condotta formalmente ineccepibile, e purtuttavia realizzata in contrasto con la logica e i fini istituzionali.

Un’alternativa, forse, sarebbe quella – tralasciando sempre, si ripete, gli sforzi (comunque necessari, ove si voglia insistere su tale via) diretti a fornire al modulo ermeneutico in commento una sistemazione organica – di giungere ad un’emenda del pregiudizio effettivo, mutandone le stesse premesse di operatività.

In sostanza, si tratterebbe di concepire l’impiego di tale costruzione interpretativa anche con riguardo a quelle condotte che, pur realizzate in ossequio al comando legale, di fatto arrechino una concreta lesione (pregiudizio effettivo) alle parti del processo o, comunque, a quell’interesse oggettivo costituito dall’efficienza del sistema e dal raggiungimento di una pronuncia di merito finale.

Siamo d’accordo, non è affatto un’operazione agevole; per quanto oggetto di perplessità, il criterio del pregiudizio effettivo, nella sua declinazione “classica”, benché giunga a negare tutela ad una richiesta di parte in ragione della presenza di un dato di natura fattuale come l’assenza di reale lesione in capo alla medesima, poggia comunque su una base di riferimento solida, data dalla fattispecie legale: alla fine dei conti, altro non fa che “aggiungere” alla stessa un elemento che si assume implicito (o logico), dato dal pregiudizio concreto (in difetto del quale, quindi, la sanzione correlata non potrà avere luogo). Ove, invece, spostato verso l’area dell’abuso del processo, mancherebbe anche quel sostrato di partenza costituito dalla previsione legale della condotta vietata: qui, insomma, l’intervento “creativo” sarebbe duplice, operando sia sul versante del comportamento censurabile (condotta scorretta, in violazione delle finalità ultime sottese al potere che ne consentiva astrattamente il compimento), sia su quello della sanzione irroganda.

Al più, se proprio non si volesse percorrere la via interpretativa appena proposta, al fine di non lasciare scoperto il “nervo” degli abusi del pubblico ministero nell’esercizio dell’azione penale, un’alternativa potrebbe essere rinvenuta nelle formule di proscioglimento adottate dal codice; in particolare, dagli artt. 425 e 529 c.p.p.

Le locuzioni secondo cui «l’azione penale non doveva essere iniziata o proseguita» sono ampie; vi si legge – probabilmente – l’intenzione del legislatore di accordare all’organo giurisdizionale la possibilità di prosciogliere l’imputato attraverso un “contenitore” entro il quale possano confluire cause non previamente sancite ed, anzi, tale da accogliere possibili interpolazioni legislative o soluzioni interpretative che emergono nella pratica; sufficientemente estese quindi, forse, da consentire una lettura tesa a ricomprendervi anche – sempre in

chiave prospettica – un potere giudiziale di intervento diretto a bloccare la surrettizia coltivazione della pretesa punitiva.

Dopotutto, se ben si riflette, il potere giudiziale di arresto del processo, a causa di un abuso dell'accusa, all'atto pratico non sarebbe altro che un proscioglimento; e parrebbe propria anche la natura giuridica che, all'interno di detta impostazione, avrebbe la pronuncia liberatoria adottata: statuizione non di merito, contenente l'accertamento di un limite (non altrimenti rimovibile) alla prosecuzione dell'*iter*.

Conferente, insomma, con i connotati di fondo della categoria dogmatica in analisi: l'abuso non tocca in alcun modo la vicenda storica da cui origina la sequenza procedurale; anzi, manifesta una valutazione di (in)opportunità circa l'improseguibilità del percorso verso una sentenza di merito, attesa l'intollerabile compressione dei diritti di difesa e dell'equità.

## 6. ... e *de lege ferenda*

Come si intuisce, la strada di una modifica legislativa, se non per forza quella più opportuna, sarebbe certamente quella più congeniale al processo penale italiano.

Se, come pare proprio, l'abuso del processo è fenomeno anti-sistemico di portata immane, costituendo quindi un problema non eludibile, l'opportunità di un intervento legislativo in tal senso si apprezzerrebbe – come messo in luce – anche in ragione delle spinte che l'ordinamento giuridico riceve dagli scenari sovranazionali; ciò non è dovuto, si ripete, soltanto alla circostanza che l'abuso del diritto (nome generale con il quale nei summenzionati ambiti normativi è chiamato l'esercizio surrettizio di una facoltà o di una libertà) è ivi presente, ma anche ad un ulteriore e più pregnante dato: il cammino intrapreso attraverso gli apparati normativi in commento, teso al progressivo ampliamento della sfera di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (fra cui ricadono indubbiamente le garanzie processuali), genera logicamente un problema per certi aspetti "insito" a tale percorso: quello di integrare pienamente tali prerogative all'interno degli Stati, assicurandone il razionale impiego entro la direttrice della libera circolazione e prevenendone un uso dalle potenzialità distruttive per il sistema.

Si è già introdotta l'ipotesi di una ristrutturazione normativa, tesa a riequilibrare in generale i poteri delle parti ed, al contempo, a coniugare la necessaria libertà di azione delle stesse all'interno della dialettica processuale, con la speculare figura un giudice che, in un'ottica di repressione dell'abuso, non si vedrebbe destinatario di un ruolo propriamente passivo. E, d'altra parte, si è detto delle difficoltà che un'operazione di questo tipo incontrerebbe, così come della inadeguatezza sul piano tecnico (per i fisiologici "vuoti" di previsione che in ogni caso residuerebbero) e della possibile improficuità di una simile opzione.

Al più, l'ingresso del legislatore in questo campo potrebbe concretizzarsi nell'introduzione di una clausola a monte – se proprio non se ne volesse ammettere l'elaborazione per via interpretativa –, disciplinante il potere generale del giudice di rilevare un abuso processuale e, quindi, di sanzionarlo. Agli svantaggi che si avrebbero, costituiti dall'aver una (ipotetica) norma

necessariamente ampia, che fisserebbe unicamente le coordinate orientative dell'attività giudiziale, si contrapporrebbero certamente i benefici che si trarrebbero dall'aver uno strumento flessibile, capace di "assorbire" un numero di condotte insuscettibile di cristallizzarsi in un elenco normativo.

A ben guardare, poi, i problemi relativi all'introduzione di una clausola in tal senso non si esaurirebbero nella sola disciplina di *an* e *quomodo* della reazione giudiziale. Vi sarebbe in gioco molto di più: chi si occuperebbe del controllo di una statuizione giudiziale che, per ipotesi, rilevasse un abuso?

Intuitivamente, la risposta più immediata sarebbe che l'organo deputato a tale incumbente è il giudice dell'impugnazione. Ma quale? Ed in che modo?

Se ben si riflette, l'abuso del processo concreta vizio a sé stante, differente dai tradizionali schemi che riscontriamo nel codice in materia di invalidità. Le domande, quindi, sarebbero molte; solo a titolo di esempio: costituirebbe vero e proprio *error in procedendo* (art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.)? O, consci della difficoltà (se non impossibilità) di configurare il vizio-abuso nei termini rigorosi di una invalidità processuale, ci si dovrebbe in quella ipotesi affidare alla mera critica dell'apparato motivazionale contenuto nella sentenza?

Non è chiaramente obiettivo del lavoro quello di ipotizzare, al momento attuale, un completo compendio normativo in materia di abuso del processo; i quesiti evocati, al più, valgano a porre in evidenza la complessità di un'eventuale novella legislativa che, a tutti gli effetti, assumerebbe i tratti di una vera e propria riprogrammazione sistemica.

# Conclusioni

## TRA APERTURE RAZIONALI DI SISTEMA E SCENARI FUTURI

Lo stadio della questione a cui, probabilmente, possiamo ritenere di essere giunti al termine del lavoro ruota attorno alla domanda seguente: è plausibile che un sistema penale, quale quello italiano, si doti di una disciplina organica in materia di divieto di abuso?

Lasciemo volutamente imprecisato il lemma “disciplina” (senza, perciò, addentrarsi nuovamente sull’opportunità di concepirne l’attuazione per via legislativa od interpretativa).

Sulla necessità di acquisire una maggiore consapevolezza della categoria dogmatica in analisi e degli effettivi termini del problema nel quale essa si manifesta sarebbero, razionalmente, dati incontrovertibili. Di ciò, a ben guardare, si avrebbe dimostrazione in una singolare circostanza: tendenzialmente (viene quasi da dire costantemente, se non si corre il rischio di sbilanciarsi), ogni tentativo di discutere sulla tematica finisce per risolversi in uno sguardo all’irragionevole durata dei processi penali in Italia, sull’urgenza di una riforma della prescrizione e sulla necessità di stigmatizzare le indecorosità offerte dalla difesa nell’agone processuale.

I summenzionati problemi non sono inconferenti con l’abuso del processo; nondimeno, ne rappresentano una (se è consentito) minuscola porzione esemplificativa che, se non “incastrata” opportunamente nel più grande mosaico di cui essa fa parte, risulterebbe non soltanto eccessivamente limitata (in chiave di comprensione corretta del fenomeno), ma addirittura fuorviante e fonte di strabismi (ermeneutici e prospettici).

L’opzione di risolvere il problema mediante una “delega” alla giurisdizione disciplinare equivale, tutto sommato, ad una rassegnazione di fronte all’incapacità del sistema, per come congegnato, di offrire una reale ed efficace risposta al fenomeno in parola.

Si sono posti in luce, seppur in modo sintetico, i limiti di una legalità processuale che, ove si continuasse ad intenderla nella tradizionale declinazione di principio rigido, non consentirebbe via d’uscita dall’*empasse*. Probabilmente, sta proprio in ciò il vero errore di fondo: pretendere di affrontare il tema dell’abuso con la “lente” della stretta legalità si risolverebbe all’atto pratico nell’utilizzo di uno strumento inadatto. Dunque, se proprio la stessa andrebbe invocata (funzione che certamente non può essere alla medesima contestata) come argine alle derive arbitrarie od autoritarie, una sua flessione in nome sempre di quelle garanzie che vorrebbe presidiare non si tradurrebbe certamente in un’eversione.

E, se non ci si spinge troppo in là, l'arroccamento di quelle impostazioni conservatrici di una legalità "forte", in una visione irriducibilmente legicentrica, manifesterebbe forse più un'illusione di fondo che una genuina volontà di salvaguardia dei pilastri del sistema.

È vero: l'idea di una pratica che produca atti perfettamente conformi al modello astratto – archetipo ideale della legalità – è «potente nei suoi risvolti politici»<sup>219</sup>. Genera l'immagine rassicurante di operazioni giuridiche automatiche, dove il tutto è predeterminato da un congegno (la legge) che – così guardato – sembrerebbe onnipotente.

Ma, si torna utilmente a ripetere: la pratica (o, se si vuole, l'esperienza quotidiana) sorpassa la teoria. Il prodotto di una legalità "raggiunta" dimostra come esso sia il precipitato di un qualcosa che non corrisponde mai (del tutto) al tipo legale.

Certo, con ciò non si vuol giungere a sconfessare il ruolo di un assioma qual è quello in commento, tanto da soppiantare il suo naturale strumento di espressione (l'attività legislativa) con un altro (quella interpretativa).

Quel che premerebbe, al più, è di adeguarne la rigidità ad un contesto giuridico, sociale e culturale sempre più mutevole, anche ammettendone – ove necessario – un'emenda.

Insomma, se è vero quanto è stato detto, e cioè che si conoscono le difficoltà che pone «la fedeltà al paradigma, legate alla carenza fisiologica di informazioni su tutti gli elementi costitutivi [della fattispecie]»<sup>220</sup>, e che non va nemmeno contestato il postulato della necessità di una tendenziale conformità del risultato pratico alla norma-base, la prassi, dall'altro lato, mostra spesso la contraria esigenza di un temperamento del dogma di partenza, al fine di offrire al sistema quegli strumenti di auto-tutela che non potrebbero – come si è provato a dimostrare – trovare collocazione nella legge scritta.

Si ribadisce: l'abuso del processo, concepito nella chiave di riflessione proposta, non dovrebbe essere un'arma capace di disintegrare la legalità e il principio di ossequio delle forme; anzi, ne sarebbe (se così vogliamo definirlo) un silente (non scritto) presidio, diretto a contrastare quelle condotte processuali distorsive della genuina logica della prima, oltre che delle garanzie individuali che la stessa vorrebbe proteggere.

Siamo d'accordo. Il paradigma operativo ed interpretativo prospettato è verosimilmente inficiato da (eccessiva) audacia: il solco giuridico-culturale in cui si inserisce l'ordinamento giuridico interno (*civil law*) non mostrerebbe, in linea di principio, aperture nella direzione illustrata.

---

219 Sul problema relativo alla corrispondenza tra fatto e diritto, in tema di mutamento della qualificazione giuridica del fatto, si veda R. ORLANDI, *Il mutamento della qualificazione giuridica del fatto tra diritto e processo penale*, relazione svolta per i seminari dell'Associazione "Franco Bricola" in tema di "Il dominio del processo sul diritto penale", Bologna, 1999, inedito. Ulteriormente, v. D. NEGRI, "Fumus commissi delicti". *La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, pp. 51 e ss.

220 D. NEGRI, *La costruzione*, cit. p. 157.

Ma il punto, a ben vedere, starebbe forse proprio qui: se vale cioè la pena insistere con una direttrice che – come sembra – ha già abbondantemente dimostrato i profili di inefficienza verso talune disfunzioni evidenziate dalla prassi e, al contempo, i materiali limiti di un’attività legislativa che, per quanto tecnicamente ineccepibile o sensibile all’esperienza concreta, non può che costituirne un’approssimazione, dunque destinata a lasciare lacune che finiscono per acuire i problemi di fondo del sistema; oppure, sempre con la prudenza imposta da un modello interpretativo ed operativo che, se per ipotesi fosse introdotto, necessiterebbe di un cospicuo margine di tempo per assestarsi e divenire (per dir così) *ius receptum*, prendere atto delle attuali contingenze storiche e culturali, per essere pronti non già ad una maldestra quanto inopinata *tabula rasa* del “vecchio” per fare ingresso al “nuovo”, ma a lasciare che «tutto cambi, perché [il tutto stesso] rimanga com’è». In seno a questa dimensione prospettica, il ruolo di un’attenta dottrina – si crede di poter sostenere – sarebbe quello di contribuire ad un razionale e sapiente controllo di questo mutamento.

## Bibliografia

ADINOLFI A., *La nozione di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2012;

ALLEN R.J. – LUTTRELL M. – KREEGER A., *Clarifying Entrapment*, in *International Commentary of Evidence*, 1998, in [www.bepress.com](http://www.bepress.com);

AMATO G., sub art. 304, in E. AMODIO – O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Milano, 1989;

ANDREWS N., *Abuse of Process in English Civil Litigation*, in TARUFFO M. (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, 1999;

AMODIO E., *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016;

AMODIO E., *Estetica della giustizia penale*, Torino, 2016;

AMODIO E., *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012;

AMODIO E., *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'indagato*, in *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003;

AMODIO E., *I rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994;

ANSANELLI V., *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001;

ARISTOTELE, *Politica*, III, 15, 1286 a.;

ASHWORTH A., *Entrapment and Criminal Justice (R v Looseley and Attorney General's Reference (No 3 of 2000))*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2002;

ASHWORTH A., *Re-drawing the Boundaries of Entrapment*, [2002], in *Criminal Law Review*;

ASHWORTH A., *Should the Police Be allowed to Use Deceptive Practices?*, in *Law Quarterly Review*, 1998;

BACON F., *De dignitate et augmentis scientiarum*, in ed. latina ampliata, Wirzburg, 1780, VIII, massime 13, 15, 25 e 96;

BARBIERI A., *Astensione collettiva degli avvocati dalle udienze e sospensione del corso della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002;

BARTOLE S. – CONFORTI G. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

BENNION F., *The New Prosecutorial Arrangements: (1) The Crown Prosecution Service*, 1986, in *Criminal Law Review*;

BIFULCO R. – CELOTTO A., sub Art. 54, in *L'Europa dei diritti*, BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A.;

BIRCH D. – TAYLOR C., “*People Like Us?*”: *Responding to Allegations of Past Abuse in Care*, in *Criminal Law Review*, 2003;

BRAY R., *Beckford and Beyond. Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process*, 2007, *Denning Law Journal*,

BRICCHETTI R., *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010;

CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nel sistema delle invalidità processuali penali*, 2012, Bologna;

CAPRIOLI F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012;

CARLON A., *Entrapment, Punishment, and the Sadistic State*, in *Virginia Law Review*, 2007;

CATALANO E.M., *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. pen. e Giust.*, 2012;

CATALANO E.M., *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2003.

CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. umani dir. int.*, 2008;

- CERESA-GASTALDO M., *Dichiarazione di ricusazione, sospensione del processo ex art. 37 comma 2 c.p.p. ed effetto sospensivo sui termini di custodia cautelare: una importante sentenza chiarificatrice delle Sezioni Unite (con una “distrazione” finale?)*, in *Cass. pen.*, 2003;
- CHIAVARIO M., *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in AA. VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998;
- CHIAVARIO M., *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991;
- CHINNICI D., *“Il caso Previti”: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001 alla inammissibilità della ricusazione per “inimicizia grave”. L’ennesima tappa del “processo al processo”*, in *Cass. pen.*, 2002;
- CHIOVENDA G., *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1930;
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928;
- CHOO A., *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford ed., 2008;
- CHOO A. – MELLORS M., *Undercover Plice Operations and What the Suspect Said (or Didn’t Say)*, in M. Allen (ed.), in *Web Journal of Current Legal Issues Yearbook 1995*, 1996;
- CHOO A., *Halting Criminal Prosecutions*, in *Criminal Law Review*, 1995;
- CIABATTI E., sub art. 183, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. II, Torino, 1990;
- CICERONE, *Pro Cluentio*, in G. Pugliese (a cura di), Milano, 1972;
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1980;
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2010;
- CONTI C., *L’imputato in procedimento connesso. Diritto al silenzio ed obbligo di verità*, Padova, 2003;
- CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali*, Milano, 1955;

- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961;
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Padova, 2000;
- CORSO P., *La difesa tecnica "nel" processo e "dal" processo*, in *Studi parmensi*, 2002;
- CRISTIANI A., *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1993;
- CRISTIANI A., sub *art. 105*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989;
- D'ANGELO E. – BERTOROTTA F., *Il nuovo processo penale al bivio, tra le ragioni del garantismo ed il mito dell'efficienza*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, *Procedura penale*, Milano, 2000;
- DAVIS K.C., *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, 1971;
- DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965;
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010;
- DI FEDERICO G., *Carta dei diritti fondamentali*, in *Enc. Treccani*, [www.dirittoonline.it](http://www.dirittoonline.it), 2014;
- DI FEDERICO G., *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011;
- DODDS M., *Arguing Abuse of Process in Relation to Loss or Destruction of CCTV Evidence*, in *Justice of the Peace*, 2001;
- DOMINIONI O., sub *art. 183*, in AMODIO E. – DOMINIONI O. (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1989;
- DOMINIONI O., sub *art. 177*, in AMODIO E. – DOMINIONI O. (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1989;
- DONDINA M., voce *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nov. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957;
- FASCIGLIONE M., voce *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diz. dir. umani, Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, a cura di FLORES M., 2007;

- FERRUA P., *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Quest. giust.*, 2003;
- FERRUA P., *I termini massimi della custodia cautelare*, in AA. VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, GREVI V. (a cura di), Milano, 1985;
- FITTIPALDI O., *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in *Corr. giur.*, 1998;
- FOSCHINI G., *La regiudicanda*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954;
- FOX R.G., *Criminal Delay as Abuse of Process*, 1990, 16, *Monash University Law Review*, 64;
- FRIEDLAND M.L., *Double Jeopardy*, Oxford, 1969;
- FRIGO G., *Divieto dell'abuso del diritto*, in *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, GIANNITI P. (a cura di), Zanichelli Editore;
- GALATI A., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978;
- GALATI N., *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1967;
- GILL P., *Rounding Up the Usual Suspects? Developments in Contemporary Law Enforcement Intelligence*, 2000, cap. VIII;
- GIULIANI L., voce *Rimessione del processo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997;
- GIULIANI L., *Una sentenza di incostituzionalità annunciata in tema di rimessione del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 1996;
- GIULIANI L., *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992;
- GLEESON A.M., *Individualised Justice – The Holy Grail*, in *Australian Law Journal*, 1995;
- GOMIEN D. – HARRIS D. – ZWAAK L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, 1996;

GREVI V., *Usa strumentale degli istituti processuali ed esigenze di effettività della giustizia penale*, Relazione al Seminario di studi su “*Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo*”, Catania, 24-25 maggio 2002, ZAPPULLA A. (a cura di), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002;

GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000;

GREVI V., *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999;

GREVI V., *Un freno all'uso distorto della richiesta di rimessione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di ricusazione)*, in *Cass. pen.*, 1997;

HARRIS D. – O'BOYLE M. – WARBRICK D., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2003;

HAYEK F., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica*, 1986;

HOBBS T., *Leviathan*, [1651], in A. Pacchi – A. Lupoli (a cura di), Bari, 1997;

HUME D., *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, [1751], III, 2, in DAL PRA M. – LECALDANO M. (a cura di), Roma-Bari, 2009;

JACOB I.H., *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 1970, 23 *Current Legal Problems*, 23;

IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Cedam, 2008;

ILLUMINATI G., sub artt. 304-305, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO (coordinato da), vol. III, Torino, 1990;

JACKSON J. – JOHNSTONE J., *The Reasonable Time Requirement: An Independent and Meaningful Right?*, in *Criminal Law Review*, 2005;

JERRARD R.R., *Entrapment: Abuse of Legal Process for Police to Incite Crime*, in *Police Journal*, 2002;

JOLOWICZ J.A., *Abuse of the Process of the Court: Handle with Care*, 1990, 43 *Current Legal Problems*;

- LANZONI L., *Tutela e limitazione dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), Esi;
- LEO G., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 628;
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961;
- LETTIERI N. – MARINI G. – MERONE G., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, in Edizioni Scientifiche Italiani, 2014;
- LEWIN B., *Test Purchasing – The impact and the Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, in *Justice of the Peace*, 2001;
- LEWIS P., *Too Late to Try?*, 2006, *New Law Journal*;
- LIDSTONE K.W., *The Reform Prosecution process in England: A Radical Reform?*, 1987, in *Criminal Law Journal*;
- LIEBMAN E.T., *L'azione della teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950;
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011;
- MAGUIRE M. – JOHN T., *Covert and Deceptive Policing in England and Wales: Issues in Regulation and Practice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996;
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012;
- MARTIN S., *Lost and Destroyed Evidence: The Search for a Principled Approach to Abuse of Process*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2005;
- MARTINES M.P., *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006;
- MASON K., *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 1983, 57 *Australian Law Journal*;
- MATHIAS D., *The Duty to Prevent an Abuse of Process by Staying Criminal Proceedings*, Robertson ed., 2004;

MATHIAS D., *Discretionary exclusion of evidence*, 1990, *New Zealand Law Journal*;

MCKAY S., *The definition of the Covert Human Intelligence Source*, in *Archbold News*, 2004;

MCKAY S., *Entrapment: Competing Views on the Effect of the Human Rights Act on English Criminal Law*, in *European Human Rights Law Review*, 2002;

MILETTI M.N., *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in FOFFANI L. – ORLANDI R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016;

MOLARI A., *Introduzione*, in AA. VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, TIRELLI M. (a cura di), Atti del Convegno in Modena, 27 aprile 1996;

MONACO G., *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003;

MORISSETTE Y.M., *The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do*, in *McGill Law Journal*, 1984;

MOSCARINI P., *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988;

MULLENIX L.S., *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and The Consequences for Unfounded Rulemaking*, 46 *Stanf. L. Rev.*, 1994;

NAPPI A., *Improcrastinabile una razionalizzazione delle impugnazioni nel processo penale*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 23;

NEGRI D., *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in FOFFANI L. – ORLANDI R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016,

NOBILI M., *Il processo e il diritto*, in FOFFANI L. – ORLANDI R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016;

NOBILI M., *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, 2009;

NOBILI M., *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1999;

NOBILI M., *Commento all'art. 25 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, in G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1981;

NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, 2005;

O'DOHERTY S., *Entrapment: from Mitigation to Abuse*, in *Justice of the Peace*, 2002;

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1999;

PACIOCCO A., *The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept*, 1991, *Criminal Law Journal*, 15;

PADOVANI T., *A.d.r. sul c.d. Abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012;

PADOVANI T., *Il diritto sostanziale e il processo*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, 2016;

PALAZZO F., *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012;

PANZAVOLTA M., voce *Nullità degli atti processuali, II*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, vol. XIV, 2006;

PATTENDEN R., *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, 1990;

PATTENDEN R., *Abuse of Process in Criminal Litigation*, in *Journal of Criminal Law*, 1989;

PATTENDEN R., *The Power of the Courts to Stay a Criminal Prosecution*, in *Criminal Law Review*, 1985;

PATTENDEN R., *The Judge, Discretion, and the Criminal Trial*, 1982;

PICA G., voce *Ricusa e astensione del giudice*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, XII;

- PISANI M., voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970;
- PLATONE, *Critone*, trad. di Manara Valgimigli, introd. e note di IOPPOLO A.M., Roma, 1996;
- RICCIO G., *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969;
- ROBERTS P., *Acquitted Misconduct Evidence and Double Jeopardy Principles, from Sambasivans to Z*, in *Criminal Law Review*, 2000;
- RONCO A., *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su cause petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998;
- SCHNEIDER A.L., *The Right to a Speedy Trial*, 20 *Stanford Law Review*, 1968;
- SCHNEIDER C.E., *Discretion and Rules: A Lawyer's View*, in K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, 1992;
- SMITH K.A., *Psychology, Factfinding, and Entrapment*, in *Michigan Law Review*, 2005;
- SMITH V., *Lost, Altered or Destroyed Evidence*, in *Justice of the Peace*, 2007;
- SPANGHER G., *Incostituzionale il divieto di pronunciare sentenza pendente la richiesta di remissione*, in *Studium iuris*, 1996;
- SPANGHER G., *La remissione dei procedimenti*, Milano, 1984;
- SUDRE-MARGUENAUDE F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003,
- SUNSTEIN C.R., *Problems with Rules*, in *California Law Review*, 1995;
- TARUFFO M., *General Report*, in AA.VV., *Abuse of Procedural Right: Comparative Standards of Procedural Fairness*, M. TARUFFO (a cura di), The Hague-Boston-London, 1999;
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997;
- TONINI P., *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004;

TONINI P. – CONTI C., *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003;

TRANCHINA G., *Il difensore*, in SIRACUSANO D. – GALATI A. – TRANCHINA G., *Diritto processuale penale*, Milano, 2006;

UBERTIS G., *Garanzie costituzionali nel nuovo processo penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Verso un giusto processo penale*, Torino, 1997;

VAN DIJK P. – VAN HOOF F. – VAN RIJN A. – ZWAAK L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006;

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Fac St Louis, 2001;

VICOLI D., *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino, 2012;

VIETTI M. – BUCCICO N., *I limiti della cultura giuridica*, in AA.VV., *Per una riforma della giustizia*, CAFERRA V.M. (a cura di), Bari, 2002;

YOUNG D. – SUMMERS M. QC – CORKER D., *Abuse of Process in criminal proceedings*, Bloomsbury ed., 2014;

WINFIELD P.H., *The History of Conspiracy and Abuse of Legal Procedure*, 1921;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992;

ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in CONSO G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979;

ZUCKERMAN A.A.S., *Illegally-Obtained-Evidence – Discretion as a Guardian of Legitimacy*, 1987, *Current Legal Problems*;