

I DIRITTI PROCESSUALI E IL LORO ABUSO NELLA RECENTE ESPERIENZA ITALIANA*

di Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. Premessa e chiarimento lessicale. – 2. La questione giuridica. – 3. Un recente caso italiano. – 4. Altri “abusi del diritto” e possibili vie d’uscita.

1. Premessa e chiarimento lessicale

Desidero anzitutto complimentarmi con gli organizzatori di questo convegno per il coraggio dimostrato nel coinvolgere magistratura e avvocatura su un tema per eccellenza “divisivo” come l’abuso del processo. Io non esercito la professione e non parto pertanto da simpatie o antipatie preconcepite, motivate dal coinvolgimento emotivo inevitabilmente associato a questo tipo di tematiche. Proporrò una serie di temi e spunti di riflessione critica, consapevole della impossibilità, nel breve tempo qui concesso, di offrire quel quadro articolato e sistematico che solo uno studio accurato sarebbe in grado assicurare.

Sul tema oggetto del mio intervento incombe un equivoco lessicale che conviene dissipare subito. Si parla al riguardo di “abuso del processo” con locuzione chiaramente ricalcata sul sintagma *abuse of process* noto alla letteratura di *common law*. In realtà, se si va a vedere cosa intendono i colleghi inglesi o statunitensi quando si servono di tale espressione si scopre che essi alludono alle scorrettezze dell’autorità requirente (avvocati dell’accusa, poliziotti) nell’avviare o condurre le indagini¹. L’idea di abuso del processo è associata al comportamento delle parti private solo nella letteratura processualciviltistica (anche di *civil law*): e si capisce. In quel contesto, le parti (ma, quasi sempre, i loro patrocinatori) dispongono di facoltà d’intervento assai penetranti e, specie nelle fasi iniziali del processo, sono in grado di intraprendere iniziative in attrito con il dovere di lealtà e probità che ne dovrebbe ispirare la condotta (art. 88 c.p.c.)². E qualcosa di simile vale per il processo amministrativo³. Al più, in

* Testo parzialmente riveduto della relazione svolta a Lecce il 10 maggio 2013, nell’ambito del Convegno su “L’abuso del processo”.

¹ Si veda, al riguardo, l’ampia trattazione monografica di ANDREW L.-T. CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2. ed., Oxford - New York, Oxford University Press, 2008.

² Cfr. A. Dondi, voce *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, vol. III, Milano 2010, 1 ss.

³ N. PAOLANTONIO, voce *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Annali Enc. Dir.*, vol. II, Milano 2008, 1 ss.

ambito penale, si può parlare di abuso del processo con riferimento alla condotta del querelante che provoca colpevolmente l'esercizio di un'azione penale destinata a culminare nel proscioglimento *in facto*⁴. Ma si tratta all'evidenza di situazione particolarissima, nella quale la volontà del soggetto privato (peraltro non necessariamente parte del processo) interagisce con l'organo pubblico incaricato dell'accusa: una situazione, insomma, in cui è in gioco l'avvio incauto o temerario di un'indagine che si sarebbe dovuta evitare. Per il resto, appare improprio parlare di *abuso del processo* sul terreno dell'esperienza penalistica.

Vale anzi la pena chiedersi perché la locuzione in parola non sia solitamente riferita al magistrato penale in ambito di *civil law*. Ritengo che ciò dipenda dall'assenza di discrezionalità e dall'accentuato carattere di obbligatorietà che contrassegna la condotta del magistrato penale nei sistemi europeo-continentali. Ne segue che, nel contesto di questi ordinamenti, gli "abusi" assumono di regola la fisionomia di *errores in procedendo*, suscettibili di esser fatti valere con eccezioni di invalidità o come motivi di impugnazione⁵.

Diverso il discorso per le parti private. Ad esse può esser rimproverato l'uso improprio di diritti loro assegnati. Abuso del diritto, semmai, non abuso del processo.

Sennonché, anche questa terminologia rischia di apparire fuorviante. L'esercizio di un diritto – per definizione – non può essere un abuso. Altrimenti, non di "diritto", non di condotta conforme alle regole si tratterebbe, bensì di condotta illegale, quanto meno sul piano processuale. Letteralmente intesa, la locuzione "abuso del diritto" rivela un'intima contraddizione. Essa si risolve in un ossimoro, dove un termine nega l'altro⁶.

2. La questione giuridica

Dietro la *querelle* linguistica c'è però una delicata questione giuridica, che merita di essere qui brevemente ricordata.

Si parla usualmente di abuso del processo (o, *rectius*, di abuso del diritto) con allusione all'uso di un mezzo lecito per scopi illeciti o, comunque, diversi da quelli che ispirarono l'attribuzione del diritto stesso. Norma generale di riferimento sarebbe l'art. 833 c.c. che vieta gli atti emulativi: un diritto non può essere esercitato al solo scopo di nuocere ad altri. Decisiva sarebbe pertanto l'indagine intorno allo scopo effettivo del diritto in concreto esercitato. Chi ragiona in questi termini, è incline a riconoscere l'esistenza di manifestazioni per così dire atipiche di abuso del diritto ed è

⁴ Art. 427 comma 1 c.p.p., nei termini emendati da Corte Cost. 423/1993.

⁵ Si vedano, sul punto, le efficaci riflessioni di H.H. KÜHNE, *Wer mißbraucht den Strafprozess?*, in *Strafverteidiger*, 1996, 687 e TH. FISCHER, *Konfliktoverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, *ivi*, 2010, 423 ss.

⁶ La contraddizione insita nel sintagma "abuso del diritto" è ricorrente nella letteratura giuridica: se ne trova cenno, ad esempio, in G. GROSSO, *Abuso del diritto (dir. romano)*, voce in *Enc. dir.*, Milano 1958, vol. I, 162 e in U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (dir. intermedio)*, *ibidem*, 163.

conseguentemente propenso a vedere nel giudice il titolare di un potere censorio nei confronti di talune condotte sospette delle parti private e dei loro difensori.

Ritengo pericoloso e, tuttavia, inadeguato al nostro ordinamento politico-costituzionale un simile modo di ragionare. Attribuire al giudice un simile potere espone al serio rischio di far scendere quest'organo nell'agone processuale, col risultato di minarne l'imparzialità. Sarebbe sbagliato portare ad esempio la diversa esperienza dei giudici di *common law*. E' vero che questi ultimi hanno la possibilità di ridurre all'obbedienza le parti, avvalendosi di quell'efficace (ed elastica) minaccia incriminatrice rappresentata dal reato di offesa alla corte. Bisogna però ammettere che, nel contesto di *common law*, dove la funzione di *fact-finding* spetta alla giuria, i poteri di controllo del giudice sulla condotta delle parti possono spingersi più in là, senza turbarne più di tanto la funzione di arbitro della contesa⁷. Il giudice di *civil law* concentra in sé le due funzioni (di accertatore del fatto e di garante della procedura), sicché appare sconsigliabile attribuirgli una discrezionalità censoria sul comportamento delle parti. Il rilievo vale tanto più nella situazione italiana, dove si registra da tempo un'accesa conflittualità fra magistratura penale e classe forense.

Ciò induce a battersi affinché l'intervento del giudice su questo delicato terreno trovi nella legge processuale, in regole generali e astratte, la sua base giustificativa.

Lo stesso legislatore dev'essere cauto nelle scelte che intende effettuare per circoscrivere l'uso di diritti processuali. E' constatazione elementare che ogni diritto ha in sé il potenziale di un abuso. Si è argutamente notato che un diritto insuscettibile di abuso non sarebbe nemmeno un diritto⁸. Ed è altrettanto evidente che la limitazione di un diritto processuale non può risolversi in un annullamento del diritto stesso, per il solo timore di un suo abuso. Efficienza del processo e diritti delle parti vanno bilanciati con la consapevole accettazione di un qualche "abuso". Insomma, la via più sicura per evitare ogni abuso sarebbe comprimere il diritto di difesa sin quasi ad annullarlo: ma è via impraticabile, stante la normativa sovralegale che ne predica l'inviolabilità (art. 24 comma 2 Cost. e art. 6 CEDU).

Compito del legislatore è prevenire i possibili abusi di diritti processuali, limitandone ragionevolmente l'esercizio. E la ragionevolezza trova la sua accettabile misura nella previsione normativa di termini e condizioni cui può essere subordinato diritto al fine di contemperarne l'esercizio col valore (qui concorrenziale) dell'efficienza del processo. Oppure nella predisposizione di regole che, senza negare l'esercizio del diritto, siano tuttavia in grado, con opportune contropinte, di facciano scemare

⁷ Peraltro, la stessa giurisprudenza di *common law* è molto cauta nell'ammettere l'uso del *contempt of court* per reprimere asseriti abusi di diritti processuali: "*the punishment for contempt should be invoked sparingly and only when the alleged insult had been identified*", afferma C. J. MILLER, *Contempt of Court*, 3° edizione, Oxford University Press, 2000, p. 158-159, note a margine 4.37 e 4.38; nello stesso luogo è menzionato come straordinario il caso di un avvocato che, per aver insistito nella richiesta di prove irrilevanti, fu arrestato per ordine del giudice.

⁸ Così J. SCHULZ, *Die Erosion des Beweisantragsrechts. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Strafrechtspflege*, in *Strafverteidiger* 1991, 362. Nello stesso senso M. NIEMÖLLER, *Rechtsmißbrauch im Strafprozeß*, *ivi*, 1996, 502.

l'interesse a un uso per così dire obliquo del diritto. Importante è – per le ragioni di prudenza politico-costituzionale già enunciate poco fa – che tali regole siano fissate da norme generali ed astratte e non lasciate alla libera creazione della giurisprudenza.

3. Un recente caso italiano

Fra i cultori di scienze penalistiche il tema dell'abuso del diritto è letteralmente esploso in conseguenza di una controversa decisione della Corte di cassazione penale a sezioni unite⁹. La sent. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi. esamina una manovra combinata per procrastinare la decisione di primo grado, grazie a una lunga serie di pretesi termini a difesa che l'art. 108 c.p.p. ragionevolmente assicura in caso di rinuncia o revoca al mandato difensivo.

La reiterazione di revoche e rinunce (ben otto nell'ambito di un dibattimento protrattosi per circa quattro anni), con l'aggiunta di qualche richiesta di ricusazione, avevano insospettito il giudice di merito. Questi, dopo aver concesso i termini a difesa nel rispetto del citato art. 108, a partire dalla quinta rinuncia al mandato cominciò ad accorciare tali termini sotto la soglia minima (sette giorni, di regola), arrivando persino a negarli in corrispondenza dell'ultima iniziativa percepita come dilatoria. Illustrata in questi termini, la condotta dei due imputati (entrambi esperti in fatto di cavilli procedurali, trattandosi di un avvocato e di un magistrato) appare chiaramente pretestuosa. E' perciò comprensibile il tono liquidatorio col quale le Sezioni unite qualificano quella condotta, nel passaggio della sentenza dove si censura *“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.”*. Si riconosce – né potrebbe esser diversamente data la chiara formula impiegata nell'art. 108 – il diritto degli imputati, in astratto, a ottenere il termine a difesa. In concreto, però, li si ritiene immeritevoli di un tal diritto, che può pertanto essere negato senza le conseguenze sanzionatorie associate a ogni compressione del diritto di difesa che appaia priva di copertura normativa (art. 178 lett c).

Bisogna ammettere che, se ci lascia suggestionare dal caso così come descritto, vien spontaneo un moto di ripulsa nei confronti della condotta sleale tenuta dai due imputati. E da qui è facile farsi conquistare da quella teorizzazione sostanzialistica delle invalidità processuali che trova riscontro nella giurisprudenza delle Corti europee, come rileva la stessa Corte di cassazione¹⁰. Sennonché, quando si imbecca su

⁹ In questa *Rivista*, con nota di [G. ROMEO, Le Sezioni unite decidono sui termini processuali \(e, nell'occasione, su abuso del processo, truffa, abuso di ufficio ed altro ancora\)](#), 11 gennaio 2012. La rivista *Cass. pen.* (n. 10 del 2012, 3596 ss.) ha dedicato alla polemica una tavola rotonda introdotta da G. Illuminati, con interventi di E. AMODIO, R. ORLANDI, T. PADOVANI e F. PALAZZO.

¹⁰ Per un esame critico di questa tendenza teorica si veda la recente monografia di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012.

questa china, all'asserito abuso delle parti si rischia di contrapporre l'arbitrio del giudice, al quale possono apparire talvolta pretestuose iniziative in realtà del tutto legittime delle parti. Conviene ribadirlo: il giudice penale degli ordinamenti continentali non è nella posizione migliore per stabilire se la parte abusi o meno del proprio diritto: quasi sempre pressato dal tempo e sempre coinvolto in prima persona nell'accertamento del fatto, egli è spesso portato a considerare come ostruzionistiche certe manifestazioni di scrupolo difensivo. Dello scarto psicologico che inevitabilmente si registra fra i soggetti del processo con riguardo al modo di percepire l'utilità o inutilità dei rispettivi atti e comportamenti occorre tener conto¹¹. E il modo migliore per apprezzare la diversa realtà percettiva di imputati e giudici è resistere alla tentazione di assegnare a questi ultimi poteri negativi del diritto di difesa, sulla scorta di una clausola che genericamente si richiami all'abuso del processo (o del diritto). Solo una norma generale ed astratta che limiti, condizioni o ponga remore all'esercizio del diritto, senza mortificarlo, può ragionevolmente servire allo scopo.

4. Altri "abusi del diritto" e possibili vie d'uscita

L'esperienza italiana ha fatto registrare, nel recente passato, altre manifestazioni di "abuso del diritto" che non hanno però occasionato le discussioni e le controversie seguite alla citata sent. 155/2011 delle Sezioni unite. Come si ricorderà, la formulazione originaria del c.p.p. riformato nel 1989 rendeva possibile un uso delle richieste di ricusazione del giudice e di rimessione del processo tale da consentire alla parte che ne avesse voluto profittare, di rinviare *sine die* la pronuncia di merito. C'era un'evidente sproporzione fra lo spazio assegnato al diritto individuale e l'esigenza di assicurare che il processo arrivasse prima o poi alla sua conclusione.

A ristabilire l'equilibrio intervenne non il legislatore – come pur avrebbe dovuto – bensì la Corte costituzionale con due sentenze manipolatorie di analogo tenore, che introducevano il divieto di reiterare richieste di ricusazione¹² o di rimessione¹³ in assenza di nuovi motivi suscettibili di integrare i presupposti dei rimedi in questione. A delimitare diversamente gli effetti "paralizzanti" che la richiesta di rimessione potrebbe sortire sulla decisione di merito ci penserà poi il legislatore, con la nuova disciplina dell'istituto uscita dalla l. n. 248 del 2002: solo le richieste fondate su motivi nuovi e che superano il vaglio di non manifesta infondatezza presso la Corte di cassazione precludono l'attività decisoria (art. 47 comma 2 c.p.p.). Comune alle due soluzioni (quella della Corte Cost. e quella del legislatore) è la circostanza di affrontare il problema dell'abuso in chiave preventiva, con regole generali e astratte, capaci di

¹¹ Insiste giustamente sulla struttura psicologica dell'abuso del diritto in ambito processualpenalistico H.H. KÜHNE, *Wer mißbraucht den Strafprozess?*, cit., 686.

¹² Corte Cost. nr. 353 del 1996.

¹³ Corte Cost. nr. 10 del 1997.

salvaguardare l'efficienza del processo, senza compromettere il sacrosanto diritto delle parti di schivare un giudice parziale.

Non sempre però l'operazione di bilanciamento fra i due valori in contrasto riesce così facile e lineare. Ad esempio, nel caso già esaminato, di continue richieste di termini a difesa, propiziate da reiterate revoche o rinunce al mandato difensivo, la soluzione non può consistere in un limite legislativo arbitrariamente posto al numero delle rinunce o delle revoche. Lo sforzo che il legislatore ha fatto per neutralizzare manovre l'uso del diritto a fini meramente dilatori e assicurare l'efficienza processuale si risolve in un accorciamento del termine a difesa (non meno di ventiquattro ore), in presenza di "specifiche esigenze processuali che possono determinare la scarcerazione dell'imputato o la prescrizione" (art. 108 comma 2 c.p.p.). Si tratta però di rimedio talvolta insufficiente a prevenire situazioni di *impasse* sul tipo di quella esaminata dalla sentenza delle sezioni unite menzionata poco fa.

Del resto, già in un paio di occasioni la Corte costituzionale ha rigettato come manifestamente inammissibili questioni di legittimità sollevate con riguardo all'art. 108 "nella parte in cui consente un esercizio illimitato del diritto di revoca e della facoltà di rinuncia al mandato difensivo"¹⁴. A ben vedere, la ragione del rigetto risiede proprio nell'impossibilità, per la Corte, di interventi "manipolatori" sull'art. 108, analoghi a quelli che furono invece sperimentati con esiti soddisfacenti sugli artt. 37 e 47 c.p.p. in tema rispettivamente di uso indebito del diritto alla ricusazione del giudice e alla rimessione del processo.

Nel caso del diritto assicurato dall'art. 108 così come in occasione di altri diritti processuali (ad esempio, il diritto alla prova, il diritto di impugnare le sentenze), la ragionevole limitazione volta a far salve esigenze di efficienza e celerità processuale non può esaurirsi nella disciplina degli istituti (estensione del termine a difesa, condizioni di ammissibilità della prova, requisiti di ammissibilità dell'appello e del ricorso per cassazione, *etc.*) che regolano l'esercizio del diritto stesso. Occorre intervenire su altri istituti, nel ragionevole intento di far venir meno l'interesse al cui perseguimento il diritto potrebbe essere obliquamente piegato. Se tale interesse, come spesso accade, trova alimento nel desiderio di veder prescritto il reato è la disciplina della prescrizione che va riveduta.

Ogni richiesta nella quale si esprima un diritto difensivo inteso all'attuazione del giusto processo dovrebbe innescare – se accolta – una sospensione del termine di prescrizione per il tempo necessario ad assicurare l'esercizio di quel diritto. Chi chiede l'assunzione di una prova va preso sul serio: intende veder assunta quella prova sul presupposto che giovi alla sua posizione. Va dunque accontentato spostando in là il termine di prescrizione finché la prova non sia assunta¹⁵.

¹⁴ Corte Cost. ord. nr. 16 del 2006 e ord. nr. 281 del 2009.

¹⁵ Questo, quanto meno, finché perdura l'attuale, discutibile disciplina della prescrizione del reato, del tutto inadeguata a governare le interferenze processuali rispetto all'esigenza di accertamento penale.

Analogamente, chi propone impugnazione, intende veder accolte le richieste contenute nel ricorso¹⁶; non vanta alcun diritto (alla luce dei principi di *fairness* processuale, nel senso dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU) a ottenere la prescrizione del reato¹⁷. O meglio, vanta un diritto in tal senso, solo finché la legge non gli pone il limite che qui si auspica: e una legge che ponesse quel limite, sarebbe in regola con i canoni del giusto processo, a partire dal criterio di ragionevole durata¹⁸.

Lo stesso trattamento (sospensione del tempo di prescrizione del reato) dovrebbe essere riservato, a mio avviso, anche all'imputato e al difensore che intendessero avvalersi del (sacrosanto) diritto ad ottenere dei termini a difesa a seguito di revoca o rinuncia al mandato.

¹⁶ Questo, si badi, persino se oggetto della doglianza fosse la maturata prescrizione del reato. La causa estintiva dovrebbe infatti essere già maturata prima della proposta impugnazione.

¹⁷ E' la soluzione proposta anche da T. PADOVANI (*A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.* 2012, 3606), il quale argutamente la giustifica richiamandosi al brocardo *contra non valentem non currit praescriptio*.

¹⁸ Non solo nel senso, per così dire, "oggettivo" che il principio in questione assume nella formulazione testuale dell'art. 111 comma 2 Cost., ma anche nel senso "soggettivo" (di garanzia individuale) che gli è proprio nella diversa formulazione dell'art. 6 CEDU. E' noto che la Corte di Strasburgo annovera "il comportamento" delle parti fra i fattori di cui tener conto per misurare la durata ragionevole del processo. La casistica giurisprudenziale è vastissima. Si vedano, ad es. Corte eur., sent. 30 ottobre 1991, Wiesinger c. Austria e, più recentemente, Seconda Sezione Corte EDU, decisione del 10 luglio 2012, Simonetti c. Italia.