

L'uso distorto del processo: riflessioni in margine ad una recente sentenza della Cassazione.

L'abuso del e nel processo: definizione

I tentativi di definizione di contegni riassumibili sotto l'etichetta di abuso *del* processo o abuso *nel* processo sono spesso frutto di analisi politica o deontologica del tema rivolta, in particolare, all'agire di magistrati ed avvocati, intendendosi, secondo una prima accezione un "tradimento della funzione istituzionale della giurisdizione", attraverso l'uso strumentale ed anomalo delle facoltà riconosciute agli attori del procedimento al fine di vanificare il risultato finale del processo: la pretesa punitiva.

Occorre individuare i tratti distintivi del termine "abuso" nel senso che qui rileva: esso si identifica con l'uso di un potere - intendendo il potere in senso lato, quale facoltà attribuita ad una parte - per il raggiungimento di finalità diverse da quelle cui esso è naturalisticamente rivolto; da qui la necessità di individuare, in prima battuta, quale sia l'uso c.d. normale di tale potere.

Non vi è dubbio che di abuso del processo non si possa parlare per quei contegni che integrino delle fattispecie penali (es. corruzione del giudice), versandosi in tali ipotesi in una sfera cui l'ordinamento dovrà reagire con le sanzioni messe a disposizione dall'ordinamento.

La Suprema Corte, riunita nel massimo consesso, – Cass. Sez. Un., sentenza n. 155 del 29/09/2011 in *Ced Cass. Rv. 251496* – ha affermato che "*L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorchè un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti.*". In tale sede, in tema di abuso di ufficio, è stata esclusa qualsiasi violazione del diritto alla difesa, censurando l' esagerato numero di iniziative difensive (reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili) mosse dal solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli.

Da un punto di vista funzionale l'abuso del processo crea delle gravi diseconomie: il procedimento penale, da intendersi quale serie concatenata di atti la cui finalità ultima è l'accertamento della responsabilità penale, poggia su alcuni cardini, quali il contraddittorio, il diritto di difesa e la ragionevolezza della sua durata.

Ogni fase è corredata da una serie di regole volte a garantire l'esatto svolgimento della funzione giurisdizionale, il cui mancato rispetto comporta delle sanzioni, che potranno incidere su atti già compiuti, attraverso la loro invalidazione, con conseguente regressione del procedimento, oppure con una duplicazione, nel momento in cui al procedimento principale se ne affianca uno incidentale. La garanzia di diversi mezzi di gravame può, infine, originare una progressione dello stesso; ciascuna di queste garanzie può prestarsi ad essere sacrificata in virtù del raggiungimento di finalità meno nobili, e tale uso strumentale trova tanto più spazio quanto maggiore risulta lo scollamento tra meccanismi sanzionatori repressivi e lesione dei diritti.

L'abuso *del* processo rappresenta, in generale, un uso distorto dell'intera macchina giurisdizionale, piegata al raggiungimento di finalità che ben poco hanno a che vedere con quelle processuali;

sarebbe più corretto parlare di abuso *nel* processo, con riferimento all'esplicitarsi di comportamenti legittimi delle parti (o del giudice) ma che tuttavia perseguono finalità differenti rispetto a quella naturale che le diverse facoltà mirano a perseguire;

così, per fare un esempio, lo strumento della prescrizione, finalizzato, com'è noto, ad evitare il protrarsi dei processi *sine die*, in ossequio al principio di certezza della pena, si presenta talvolta quale unica meta dell'attività difensiva, attraverso prassi palesemente dilatorie delle udienze che hanno come unico obiettivo il raggiungimento del termine prescrizionale; in questa evenienza l'organo giudicante potrebbe contrastare tali comportamenti, modulando l'organizzazione del processo, ma ciò potrebbe incidere sulla sua terzietà.

Con riferimento al pubblico ministero, invece, può pensarsi all'obbligo ex art. 358 c.p.p. di ricercare anche le prove a discarico, sintomo del necessario rispetto dei canoni di lealtà che devono guidare il *prosecutor*, di fatto raramente ottemperato, o alla prassi delle c.d. contestazioni alternative, tollerate dalla giurisprudenza di legittimità (si veda Cass. Sez. I del 22/11/2007 n. 2112 In *CED Cass Rv. 238636* "*In presenza di una condotta dell'imputato tale da richiedere un approfondimento dell'attività dibattimentale per la definitiva qualificazione dei fatti contestati, è legittima la contestazione, nel decreto che dispone il giudizio, di imputazioni alternative, sia nel senso di più reati, sia di fatti alternativi, in quanto tale metodo risponde a un'esigenza della difesa, posto che l'imputato è messo in condizione di conoscere esattamente le linee direttrici sulle quali si svilupperà il dibattito processuale.*"), ma costituenti una tecnica *extra legem*, che presta il fianco ad un attacco nei confronti dell'imputato sotto un diverso fronte, come dimostrato dalla previsione di una modifica della contestazione ex art. 516 c.p.p. che altrimenti non avrebbe ragione di esistere.

Così inteso, l'abuso del processo rimanda quindi al concetto più ampio di abuso di un diritto; sarà dunque necessario verificare se un comportamento che rappresenti un agire processualmente lecito per uno degli attori processuali venga impiegato per il perseguimento di altre finalità, per di più, incidenti negativamente su interessi particolari di altre parti e, più in generale, sul corretto funzionamento del processo.

I criteri per operare tale giudizio di disvalore non potranno essere meramente etici ma dovranno essere tratti dai principi generali che regolano il processo e mirare ad individuare le reazioni, processuali, o meramente disciplinari.

Verifica dell'elemento psicologico dell'abuso

Per quanto concerne il piano psicologico, inoltre, si ritiene debba esservi una consapevolezza dell'uso distorto di una facoltà, piegata al raggiungimento di un fine diverso da quello normale. Così, secondo Grevi, la costruzione dell'abuso, che si riallaccia alla prospettiva abuso-interesse-vantaggio, non pare compatibile con una ricostruzione rigorosamente obiettiva del requisito teleologico dell'abuso. Pur riconoscendo la rilevanza dell'adesione psicologica all'abuso, tuttavia, tale elemento non va valutato secondo i tradizionali canoni, ma attraverso criteri logici che ne appiattiscono il dolo sulla responsabilità oggettiva.

Elaborazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale e sovranazionale

Il concetto di abuso riceve, nella giurisprudenza costituzionale, elaborazioni frastagliate e discontinue, fortemente condizionate dalle singole fattispecie poste all'attenzione della Corte; ad ogni modo, il carattere modale dell'abuso può rinvenirsi in alcune massime in tema di rimessione del procedimento - *Sentenza Corte Costituzionale n. 353 del 1996 in CED 0023052* "*Nella disciplina del codice, (...) l'equilibrio fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice è solo apparente, dato che il possibile abuso processuale determina la paralisi del*

procedimento, tanto da compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo e il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali. Invero il legislatore, pur essendo libero nella costruzione delle scansioni processuali, non può tuttavia scegliere un percorso che possa comportare, sia pure in casi estremi, la paralisi dell'attività processuale.”

Così come, in tema di ricusazione – si veda in proposito sentenza num.10 del 1997 in CED 0023097 ove si afferma: “È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 101 Cost., l'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricusazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione, in quanto - posto che istituti e regole processuali sono da censurare, alla luce del principio dell'indefettibile ed efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale, allorquando si prestino ad un uso distorto - non vi è equilibrio soddisfacente fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice nel divieto, per il giudice ricusato in base a motivi identici a quelli già precedentemente respinti, di pronunciare o concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione.”

Nella giurisprudenza sovranazionale, l'art. 35 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ritiene abusivo, e dunque inammissibile, qualsiasi ricorso mosso da finalità contrarie a quelle per le quali il diritto di ricorrere è riconosciuto. Secondo la CEDU è abusivo qualsiasi comportamento che ostacoli il regolare svolgimento del procedimento dinanzi alla stessa, attraverso l'attuazione di un diritto in maniera pregiudizievole.

Abuso del processo e incidenza sulla durata ragionevole

Nell'ottica della ragionevole durata del processo, quale presidio di garanzia di libertà, le situazioni soggettive suscettibili di originare degli appesantimenti si registrano nel settore delle impugnazioni, dei procedimenti incidentali e delle sanzioni processuali.

Uno dei possibili rimedi potrebbe essere individuato nel principio del *ne bis in idem*, cui dare un'interpretazione estensiva (se non analogica).

E' necessario infatti, prevedere forme di stabilizzazione e preclusione antecedenti la maturazione del giudicato formale. La litispendenza, infatti, nella prospettiva dell'abuso, genera sempre il rischio di aggirare gli ordinari meccanismi di controllo delle decisioni giurisdizionali.

Per quanto attiene le sanzioni processuali previste per gli atti - nullità - e per le prove - inutilizzabilità - pur essendo poste a garanzia della parte, sono certamente suscettibili di incidere sui tempi del processo, comportando la regressione dello stesso; è evidente come si possa fare un uso strumentale di tale garanzia, tenendo, ad esempio, in serbo la richiesta di accertamento di una nullità, da eccepire nel momento più opportuno. La soluzione quindi sarebbe da rinvenire su un piano differente, svincolando la sua declaratoria da una mera difformità dell'atto rispetto al modello legale, ma rendendola funzionale allo scopo da raggiungere; così non potrebbe operare ogni qualvolta la violazione risulti inoffensiva nei confronti dell'interesse alla cui tutela la sanzione è preordinata.

Il discorso è in parte diverso per la categoria della inutilizzabilità, posto che in ossequio al principio di legalità tutto il materiale acquisito in modo illegittimo non può far parte dallo scibile processuale. Se vi è, da un lato, l'esigenza di non protrarre il processo *sine die*, dall'altro vi è l'esigenza della celebrazione di un processo che miri ad essere giusto e rispettoso dei canoni previsti dall'art. 111 Cost..

- Applicazione del *ne bis in idem* per arginare fenomeni di abuso

L'elaborazione giurisprudenziale ha condotto ad un'interpretazione del principio del *ne bis in idem* al di là degli stringenti limiti dell'art. 649 c.p.p. in una prospettiva destinata sia all'organo giudicante - Cass. Sez. 6, sentenza n. 31512 del 25/02/2002 in CED Cass. Rv. 222736 "*In pendenza di un procedimento definito con sentenza di primo grado non irrevocabile, non è consentito celebrare, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, un nuovo processo, atteso che il principio del "ne bis in idem", il quale tende ad evitare che per lo stesso fatto - reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, ha portata generale e più ampia di quella formalmente espressa dall'art. 649 cod. proc. pen.*" - che al pubblico ministero - Cass. Sez. Un., sentenza n. 34655 del 28/06/2005 in CED Cass. Rv. 231800 "*Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità*", realizzando in sostanza un sistema di preclusione-consumazione.

La medesima *ratio* guida la decisione delle Sezioni Unite in materia di impugnazioni incidentali *de libertate*, che ispirandosi al brocardo *electa una via, non datur recursus ad alteram*, hanno recentemente affermato - Cass. Sez. U, sentenza n. 7931 del 16/12/2010 in CED Cass. Rv. 249001 "*In tema di misure cautelari, qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale "de libertate", intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi" può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio ovvero porli a fondamento di una nuova richiesta cautelare, ma, una volta effettuata, la scelta gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare.*".

- Le diverse fattispecie di abuso processuale

Anche l'uso distorto dei poteri dell'accusa può incidere sui tempi del processo. Da questo angolo di visuale vengono in rilievo le diverse ipotesi di prassi devianti della procura, quali le richieste continue ed ingiustificate di proroga delle indagini preliminari o i ritardi nella iscrizione della *notitia criminis*; a quest'ultima evenienza si potrebbe reagire con un controllo giurisdizionale, ex art. 406 c.p.p., che comporti l'eventuale retrodatazione della iscrizione al momento in cui il pubblico ministero, avendo a disposizione tutti gli elementi, avrebbe dovuto effettuarla, con conseguente sanzione di inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine così ricalcolato. Tale sanzione, tuttavia, non colpirebbe, comunque, le investigazioni condotte prima ancora dell'iscrizione formale.

Altra prassi dilatoria consiste nell'accorpamento, sotto un unico numero di registrazione, di una serie di indagati, così da preconstituirsì quella particolare complessità dell'indagine che potrebbe giustificare le proroghe, così come l'inerzia ad assumere le determinazioni una volta spirato il termine di conclusione per le indagini.

Senza soluzione decisiva, invece, è la questione delle contestazioni suppletive nell'udienza preliminare e nel dibattimento, qualora il pubblico ministero avesse, al momento in cui l'imputazione era stata elevata, tutti gli elementi per procedere. In tali ipotesi vengono compromessi i diritti dell'imputato, in *primis* quello di sollecitare l'accesso a riti alternativi (quando detta modifica avvenga a dibattimento già aperto). I tentativi di reazione sono stati individuati nella riapertura dei termini per chiedere il patteggiamento oppure l'oblazione.

Uno strumento dilatorio a disposizione della difesa è la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, ispirata al rispetto del principio di oralità ma che sovente viene richiesta a

fini meramente dilatori originando diseconomie processuali ed appesantendo altresì i costi del processo. Considerata poi la frequenza con cui avviene il mutamento del giudice nel nostro processo si può comprendere l'esatta portata del problema. La soluzione, così come tracciato già nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Ord. N. 67 del 2007) potrebbe individuarsi collocando il principio di oralità al di fuori dei canoni costituzionali e attribuendo al giudice (per la tutela della corretta dinamica processuale) il controllo sulla *fairness* delle parti e la valutazione sulla rilevanza e l'opportunità della rinnovazione dibattimentale.

Possibili abusi nel e del processo da parte del giudice

Nello svolgimento delle funzioni ad esso attribuite il giudice, com'è noto, deve essere terzo ed imparziale, con ciò intendendosi un generale dovere di mantenere un'indifferenza rispetto alla cosa da giudicare: l'ordinamento prevede, dunque, dei rimedi per quelle situazioni in cui l'organo giudicante non risulti tale. Ciò che invece non si è sviluppato in giurisprudenza è il concetto di terzietà nel senso di equidistanza dalle parti, ovvero come indifferenza rispetto all'esito della controversia, posto che è proprio questo il terreno dove possono generarsi gli abusi del giudice. Egli infatti non deve rivestire i panni del difensore della società e pertanto non può piegare le regole del processo al fine di giungere ad un particolare esito. Questa regola dovrebbe guidare tutta la trattazione del processo, in particolar modo, lo svolgimento pieno e corretto del contraddittorio, garantendo altresì il rispetto della dignità delle persone coinvolte, primo fra tutti l'imputato.

Il giudice, in sostanza, non deve ricercare la verità – intesa come verità storica - ma deve limitarsi a guidare le parti nelle fasi dell'assunzione delle prove ed assicurare il corretto svolgimento del processo. Vi sono invece delle situazioni, dettate talvolta anche dall'inerzia delle parti, che spingono l'organo giudicante ad avere un ruolo attivo, attraverso l'esercizio di poteri sostitutivi. Tutto questo non può che riverberarsi sulla sua equidistanza rispetto all'esito del processo. Ma, ancor di più, origina degli abusi nel processo, posto che, perdendo l'equidistanza, il giudice incomincia a piegare le regole organizzative del processo al fine di sottoporre a verifica la tesi che ha fatto propria, così palesemente invertendo le regole che governano l'accertamento processuale. Purtroppo avverso questa serie di comportamenti non sono rinvenibili sanzioni su un piano processuale ne, tantomeno, disciplinare. L'unico terreno rimane quello deontologico.

Di abuso del processo in riferimento al giudice può, invece, parlarsi con riguardo alla gestione degli affari pre-processuali, ovvero la disciplina dell'ordine di trattazione; un ruolo importante qui è svolto dal CSM che cerca di garantire la trasparenza della funzione giurisdizionale attraverso l'elaborazione dei criteri che devono guidare l'individuazione delle priorità degli affari da trattare - si veda in proposito l'art. 132 bis disp. att. c.p.p., modificato dall'art. 2 bis legge 24 luglio 2008, n. 125.

Il ruolo della deontologia

La deontologia, intesa come principio guida per i soggetti processuali, può avere un ruolo laddove non esistano sanzioni processuali o disciplinari. Così la lealtà e la correttezza, che si concretizzano nell'attaccamento al proprio dovere, con rispetto della propria e dell'altrui dignità, rappresentano i canoni ermeneutici che, se rispettati, potrebbero scongiurare una serie di abusi processuali. La deontologia è parte integrante del modello accusatorio che si spiega in tutte le fasi processuali a partire da quella di ricerca del materiale probatorio.

Non ogni violazione deontologica costituisce illecito disciplinare, pertanto sarebbe opportuno che gli attori del processo cominciassero a rispettare le regole deontologiche prima, ed indipendentemente, dalla sanzione.

Viene in rilievo, a questo punto, l'art. 124 c.p.p., base su cui ricostruire le regole deontologiche del processo.

La questione del delicato equilibrio tra processo giusto e processo breve non è suscettibile di trovare una soluzione univoca. La farraginosità del sistema comporta facilmente la verifica di abusi. A tutto ciò potrebbe, appunto, risponderci riempiendo di valore una norma sottovalutata: l'art. 124 c.p.p., che impone l'osservanza da parte di tutti gli attori processuali di tutte le norme, anche qualora non siano accompagnate da sanzioni processuali o disciplinari. Il ruolo del giudice qui potrebbe essere davvero decisivo nel reprimere sul nascere forme di abuso (si pensi ai fenomeni di *overuse*, tesi a paralizzare il procedimento con una serie di procedure incidentali, risolto con il controllo previsto dalla legge 7 novembre 2002, n. 248).

L'abuso del processo nelle recenti proposte legislative

Il disegno di legge 668/B trasmesso alla Camera il 1° agosto 2011, pur avendo quale primario obiettivo l'attuazione di un maggior rigore punitivo nei processi per reati puniti con l'ergastolo, prevede, di fatto, una pericolosa riscrittura del regime processuale sulla prova che produrrebbe, evidentemente, un rallentamento della durata di tutti i processi penali attualmente in corso.

La modifica dell'art. 190 c.p.p., in particolare, produrrebbe l'esclusione per il giudice della possibilità di valutare la natura manifestamente superflua o irrilevante delle prove, originando una sorta di diritto potestativo insindacabile alla prova ed imponendo una ammissione di qualsiasi prova che non risulti manifestamente non pertinente.

Il CSM ha in più occasioni rappresentato le perplessità in merito alla prospettata limitazione dell'ambito di valutazione del giudice in ordine alla superfluità ed irrilevanza delle prove richieste dall'imputato, posto che il risultato di tali modifiche sarebbe l'eliminazione del potere del giudice di escludere una prova per la sua palese superfluità ed il contestuale obbligo di ammettere o di non revocare l'ammissione anche di prove funzionali ad una conoscenza già acquisita.

In tal modo, si sconfessano i canoni prescritti dall'art. 111 della Costituzione, il quale impone la ragionevole durata del processo; inoltre ci si muove nella direzione di ampliare gli strumenti processuali suscettibili di incentivare il c.d. abuso del processo, attraverso la legittimazione delle più svariate tattiche dilatorie.

Prof. Andrea R. Castaldo
Ordinario di Diritto Penale
Università degli Studi di Salerno
Avvocato

Bibliografia essenziale

- E. M. Catalano, L'abuso del processo, Milano, 2004;
- F. Giunchedi, La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari. Tomo III, A cura di M Montagna, Torino, 2011, 103 e s.;
- G. Salvi, Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali, in particolare del giudice e del pubblico ministero, in Cassazione penale, 2005, 12, 4094 e s.;
- V. Garofoli, I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale, in Diritto penale e processo, 2010, 2, 137 e s.;
- G. Leo, L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità, in Diritto penale e processo, 2008, 4, 508 e s.;
- G. Leo, L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte) in Diritto penale e processo, 2008, 5, 627 e s.;
- F. Tripodi, Ragionevole durata del processo penale, principio di oralità e 'abuso' del processo (ancora sulla rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice), in Cassazione penale, 2008, 7/8, 3077 e s.;
- N. Triggiani, *De jure condendo*, in Processo penale e giustizia, 2011, 6, 17 e s.