

## L'OPINIONE

---

**FILIPPO GIUNCHEDI**

### **Franco Cordero e l'abuso del processo**

L'Autore effettua un *focus* sugli approdi interpretativi a cui si è giunti in ordine all'abuso del processo muovendo dal pensiero di Franco Cordero, uno dei primi studiosi del rito criminale ad occuparsene. Gli studi del Maestro costituiscono, infatti, solide premesse per cercare di ricondurre a sistema un istituto che nel corso degli anni è divenuto strumento di politica criminale.

*Franco Cordero and the abuse of process*

*The Author focuses on the interpretative approaches reached regarding the abuse of the process starting from the thought of Franco Cordero, one of the first scholars of criminal procedure to deal with it. The Maestro's studies constitute, in fact, solid premises for trying to bring back to a system an institution that over the years has become an instrument of penal policy.*

**SOMMARIO:** 1. L'abuso del processo nel pensiero di Franco Cordero. - 2. I comportamenti abusivi dei soggetti pubblici. - 3. L'abuso del processo da parte dei soggetti privati. - 4. La profilassi ai comportamenti abusivi. - 5. Una soluzione ragionevole aderente al pensiero del Maestro.

1. *L'abuso del processo nel pensiero di Franco Cordero.* Benché non lo avesse qualificato come “abuso del processo”, Franco Cordero è stato uno dei primi processualpenalisti ad occuparsi dello sviamento dalla funzione attribuita dal legislatore ai singoli istituti processuali<sup>1</sup>.

Se si esclude un (relativamente recente) saggio specificamente dedicato all'abuso del diritto<sup>2</sup>, il pensiero del Maestro in materia è trattato, seppur non esplicitamente, in opere di carattere generale.

La letteratura che si è concentrata sullo studio dell'abuso del processo<sup>3</sup> ha intravisto nella monografia dedicata alle situazioni soggettive nel processo criminale<sup>4</sup> elementi per ritenere che Cordero si riferisca, nonostante non stagli

---

<sup>1</sup>I contributi di Franco Cordero che trattano, in maniera più o meno esplicita, dell'abuso del processo sono i seguenti: CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 704 ss.; ID., *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1421; e, più in generale, ID., *Procedura penale*, VII ed., Milano, 2006, *passim*, ove già nella premessa, pag. IX, vi è una denuncia all'abuso del processo: «Nell'ultimo triennio la deriva nichilistica a beneficio d'un padrone ha offerto spettacoli culminanti nel dissesto delle impugnazioni. Quel regime signorile è caduto (signoria piratesca, refrattaria alla civiltà del diritto) ma l'effetto inquinante persiste. Gli scempi consumati nella XIV legislatura presuppongono malattie organiche. Avremo mai una buona procedura? Quella che non dà nell'occhio né fornisce arnesi agli chicaneurs, parsimoniosa, lineare, chiara».

<sup>2</sup>CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., 1421.

<sup>3</sup>Per tutti CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004.

<sup>4</sup>CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 158 ss.; tema ripreso di recente da VALENTINI, *Situazioni soggettive*, in *questa Rivista (web)*, 2023, n. 2.

una figura nitida nei termini con cui se ne parla attualmente, a forme di abuso del processo. Egli, muovendo dall'eterogeneità delle situazioni di dovere poste in capo ai soggetti pubblici, individua nella discrezionalità circa un determinato comportamento quella componente che porta a sviare dalla finalità propria di un'azione per scopi difformi, seppur apparentemente corrispondenti al modello previsto dal legislatore. Valutazione questa, il più delle volte, possibile solo *ex post*<sup>5</sup>.

Se nessun dubbio sussiste circa la titolarità in capo a giudice e pubblico ministero di situazioni soggettive di potere e dovere, anche i privati, ai quali sono attribuite solo quelle doverose, possono dar luogo a comportamenti abusivi<sup>6</sup>, innescando la reazione dei soggetti pubblici, chiamati ad irrogare la relativa sanzione<sup>7</sup>.

In argomento il pensiero dell'Autore si fa più esplicito nella «Procedura penale»<sup>8</sup> per raggiungere l'apice in un editoriale<sup>9</sup> con cui “attacca” la “legge Pecorella” (L. 20 febbraio 2006, n. 46) e le ambiguità comportamentali che ne possono discendere per “immunizzare” l'azione del p.m. In questo scritto Cordero pare abbandonare definitivamente le riserve circa la possibilità per i soggetti privati di generare atti abusivi, seppur formalmente ortodossi, giungendo a riconoscere che non siano i soggetti ad abusare del processo e delle sue regole, ma l'inverso, ovvero che siano le norme coniate *ad usum delphini* ad influenzare l'azione dei soggetti pubblici<sup>10</sup>.

Effettuato questo sintetico *excursus* del pensiero di Cordero in materia, svolgiamo alcune considerazioni sull'attuale “stato dell'arte” dell'abuso del processo e le prospettive che vanno a delinarsi.

---

<sup>5</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 170, spiega come «in ogni caso in cui si profila una situazione di discrezionalità si ha a che fare con una fattispecie a formazione frazionata, risultante dagli estremi specificamente previsti nella norma e dall'ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva».

<sup>6</sup> Come ha acutamente riconosciuto CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 52, per la quale il comportamento doveroso dei soggetti pubblici «implica, quale logico corollario, la riconducibilità del potere alle situazioni soggettive configurabili in capo alle parti private».

<sup>7</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 132, ma anche 180. Aspetto nitidamente rappresentato da FERRUA, *Prefazione alla ristampa*, in CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956 (ristampa 2022), XI: «Più in particolare, il privato risulta titolare non di un “dovere”, ma di un “obbligo”, la cui violazione determina il dovere di intervento degli organi pubblici per applicare la sanzione prevista dalla legge».

<sup>8</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., *passim*.

<sup>9</sup> CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., 1421.

<sup>10</sup> CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., 1425: «Il tema era l'abuso del processo. Discorrendone abbiamo scoperto l'inverso: come la procedura diventi ordigno ostruzionistico; e nell'attesa d'un apparato requirente manovrabile dal potere esecutivo, varie norme erodano obliquamente l'azione».

2. *I comportamenti abusivi dei soggetti pubblici.* L'originaria impostazione corderiana secondo cui i soli soggetti pubblici - giudice e p.m. - possono generare comportamenti di abuso del processo - superata, oltre che da altri studiosi<sup>11</sup>, dallo stesso Autore - trae fondamento dal fatto che l'abuso costituisce una conseguenza della posizione attiva relativa ad un comportamento doveroso<sup>12</sup>, come quello del giudice chiamato a decidere una controversia o quello del p.m. in ordine alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

Sembrerebbe una contraddizione in termini<sup>13</sup> poiché trattandosi di comportamenti destinati alla realizzazione dell'interesse altrui non potrebbero dar luogo a finalità eterogenee. Detto altrimenti, in difetto di una deviazione dal comportamento doveroso imposto dalla legge non potrebbe configurarsi abuso<sup>14</sup>.

Queste considerazioni consentono di tracciare un primo punto fermo, ovvero che può generarsi abuso solo per quei comportamenti che determinano un vantaggio per il soggetto agente<sup>15</sup> a condizione che questi goda di quel margine di discrezionalità<sup>16</sup> necessario per concretizzare situazioni di abuso. Si tratta di conclusione scontata, ma che innerva la tesi in forza della quale è maggiormente passibile di condotte abusive il p.m. rispetto al giudice<sup>17</sup>. Non a caso, le ipotesi tradizionali dell'abuso sono riconducibili alle "deviazioni" dai profili valoriali dell'ordinamento impressi nella Carta costituzionale e, grazie all'art. 117, co. 1, Cost., nelle *Grundnormen* sovranazionali, Convenzione europea

---

<sup>11</sup> Aspetto questo, come visto, particolarmente accentuato nello studio monografico di CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 52.

<sup>12</sup> Un'efficace sintesi del pensiero di Cordero in ordine alle situazioni di dovere e potere è effettuata da VALENTINI, *Situazioni soggettive*, cit., 6 ss.

<sup>13</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 52.

<sup>14</sup> PARADISO, *L'abuso della potestà sui figli*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001, 384.

<sup>15</sup> Ad esempio, l'irragionevole durata del processo per come è declinata nel nostro ordinamento assume carattere oggettivo («La legge ne assicura la ragionevole durata») diversamente dal carattere soggettivo previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole»), di talché non è possibile ritenere configurabile una posizione di abuso considerato che la violazione costituisce la conseguenza di una disfunzione complessiva del sistema processuale.

<sup>16</sup> CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1995; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 110, la quale sottolinea lo stretto rapporto sussistente tra discrezionalità e valutazione di una determinata situazione processuale, nel caso di specie le determinazioni del p.m. in ordine all'alternativa inazione/azione.

<sup>17</sup> Una ricca casistica di esempi di forme di abuso del processo da parte di p.m. e giudice è effettuata da SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2018, 111 ss. e 195 ss.

dei diritti dell'uomo *in primis*.

Così inquadrata la categoria dell'abuso, è giocoforza ricondurlo alle distorsioni processuali generate dall'attività del p.m. e, parimenti ed in prospettiva antagonista, all'utilizzo per scopi non ortodossi delle garanzie difensive. Aspetti che trovano discriminazione proprio nella conformità ai valori fondamentali dell'ordinamento, vere e proprie pietre angolari per connotare di abusività un comportamento<sup>18</sup>.

Nonostante l'attività del p.m. sia quella che consente maggiori possibilità di dar luogo a situazioni di abuso, anche il giudice - seppur in un ambito più circoscritto - può trovarsi in ipotesi ove rischia di optare per soluzioni che sviano dalla *ratio* della norma che è chiamato ad applicare nel caso concreto. Infatti, muovendo dal presupposto che i principi del giusto processo enucleati all'art. 111 Cost., costituenti una «norma-bandiera»<sup>19</sup>, integrano la legalità processuale, la discrezionalità del giudice nell'optare tra le diverse applicazioni che la legge gli consente, trova un limite nel fatto che alcune di queste potrebbero risultare, anche se conformi al dettato legislativo, integratrici di condotte abusive in quanto, nella fattispecie concreta, contrarie alla finalità che la norma si propone.

Si tratta di una prospettiva che tende a superare quel concetto di processo come contesa giudiziaria, ortodossa ogni qualvolta si seguano le regole del gioco<sup>20</sup>, posto che oggi il principio di efficienza richiede anche al giudice di optare per soluzioni armoniche con detto principio<sup>21</sup>. In quest'ottica, ad esempio, non può disconoscersi come l'ampliamento delle ipotesi in cui la Cassazione può ricorrere all'annullamento senza rinvio costituisce uno strumento volto ad evitare soluzioni in spregio all'efficienza del processo. Infatti, la modifica apportata dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 alla lett. *l*) dell'art. 620 c.p.p., in forza della quale la Corte può cassare senza rinvio «in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio», pur non delineando ipotesi specifiche come quelle di cui alle lett. *a*)-*j*), si pone proprio nella prospettiva evidenziata, istituzionalizzando soluzioni efficienti a fronte di disorientamenti ermeneutici.

<sup>18</sup> È il caso delle varieghe alternative procedurali poste in capo al p.m. all'atto di esercitare l'azione penale, all'utilizzo distorto delle cautele personali e reali e all'espletamento dell'attività integrativa di indagine. Lo stesso è a dirsi, nella prospettiva privata, per le iniziative volte a compromettere la tenuta dei presidi ai requisiti del giudice mediante gli incidenti della ricusazione e della rimessione.

<sup>19</sup> GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000, 153.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 23; CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, *ivi*, 1950, 8.

<sup>21</sup> E ciò che porta CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 121, a sottolineare l'esigenza di riportare il processo nel paradigma del *game*, ovvero il gioco governato da regole, abbandonando quello del *play*, cioè il gioco spontaneo.

E lo stesso è a dirsi per altre interpretazioni diversamente graduate in funzione del *maximum standard* efficientistico<sup>22</sup>.

Questa impostazione non esclude che l'abuso del giudice sia riconducibile esclusivamente a comportamenti abnormi, in quanto altre deviazioni funzionali dell'attività giurisdizionale, benché conformi al modello tipico, tendono a riverberarsi sul corredo costituzionale dello stesso, soprattutto sul piano della sua imparzialità o dell'ingiustizia del provvedimento adottato<sup>23</sup>. Quindi, sulla base delle considerazioni effettuate, non appare peregrino sostenere che certe condotte del giudice ricalchino lo schema dell'atto abusivo<sup>24</sup>. Sotto questo profilo, assume rilievo il più raffinato richiamo all'abuso della discrezionalità, ben radicato nei modelli processuali angloamericani<sup>25</sup>.

Differente è, come ovvio, la posizione del p.m., considerato che proprio lo schema dialettico della contesa genera l'occasione per comportamenti abusivi nell'ottica del processo-*play* piuttosto che in quella del processo-*game*<sup>26</sup>, ove l'abuso si concretizza nel rifiuto ad aderire all'etica del gioco<sup>27</sup>.

Le perplessità nell'attribuire al rappresentante della pubblica accusa la possibilità di tenere condotte di abuso trovano causa nella funzione che l'ordinamento gli assegna. Egli, infatti, a mente dell'art. 73, co. 1, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia»; attribuzioni che dovrebbero escludere comporta-

---

<sup>22</sup> Ad esempio, in relazione al provvedimento abnorme del p.m. che, chiamato a decidere sull'istanza di revoca del sequestro preventivo, in caso di non accoglimento, invece, di trasmettere gli atti al G.i.p. con parere negativo, rigetti egli stesso l'istanza, creando una stasi irreversibile, le soluzioni adottate dalla Suprema Corte oscillano tra la restituzione degli atti al p.m. affinché si uniformi al tenore dell'art. 321, co. 3, c.p.p. (Cass., Sez. V, 5 luglio 2010, n. 37293, in *Mass. uff.*, n. 248639; Id., Sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 3601, *ivi*, n. 246299), oppure - in un'ottica efficientistica - la trasmissione direttamente al G.i.p., valendo il rigetto del p.m. quale parere negativo (Cass., Sez. III, 13 marzo 2018, n. 15459, in *Mass. uff.*, n. 272698; Id., Sez. III, 20 novembre 2012, n. 3449, *ivi*, n. 254711).

<sup>23</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 116 ss., la quale, in riferimento a quest'ultimo aspetto, sottolinea l'utilizzo della discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena secondo quanto previsto dagli artt. 132 e 133 c.p. Se la discrezionalità in questo caso non può essere oggetto di critica, lo è, però, nella misura in cui il giudice non faccia buon governo delle categorie della gravità del reato e della capacità a delinquere, magari facendo trasparire la volontà di irrogare una pena esemplare in prospettiva general preventiva.

<sup>24</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 115, spiega che «la disapplicazione della categoria dell'abuso processuale al comportamento del giudice muove dalla ricognizione di modelli di qualificazione giuridica alternativa delle condotte del giudice che paiono ripetere lo schema dell'atto abusivo». V. anche quanto affermato dall'Autrice a pag. 116.

<sup>25</sup> Per approfondimenti, non possibili in questa sede, si rinvia a FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, 107.

<sup>26</sup> Cfr. la nota 21.

<sup>27</sup> SCARSELLI, *Lealtà e proibità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 196.

menti abusivi.

Purtroppo, la malcelata prassi legata a distorsioni di queste finalità rilascia una serie di esempi circa comportamenti di abuso del p.m., il quale, a fronte di un obbligo di svolgere indagini complete così da adottare responsabilmente le iniziative in ordine all'esercizio dell'azione penale, concentra gli sforzi sul raggiungimento di determinati obiettivi mediante strumenti che assolvono a tutt'altra funzione. È il caso dell'utilizzo strumentale delle misure cautelari, tanto personali che reali, per spingere l'accusato a offrire contributi gnoseologici in prospettiva auto ed etero-accusatoria. Al contempo, non può sottacersi il ricorso ad uno degli strumenti più acuminati per la lotta alla criminalità economica, il sequestro preventivo, che tende a spogliare del proprio patrimonio colui che viene attinto dalla misura, riducendo le opportunità di difesa a causa dell'indisponibilità delle risorse economiche necessarie, soprattutto quando deve procedersi, per finalità difensive, in impegnative (e costose) attività consulenziali. Il ricorso alla misura cautelare costituisce anche il *passpartout* per consentire al p.m. di accedere a procedimenti speciali che riducono sensibilmente le garanzie nella fase delle indagini e nel controllo sull'esercizio dell'azione penale come si verifica per i giudizi direttissimo e immediato "custodiale", in riferimento al quale è stato affermato senza infingimenti che costituisca una soluzione finalizzata a costringere l'imputato a reagire mediante l'opzione per il rito abbreviato<sup>28</sup>, assottigliando le *chances* di una difesa attiva mediante il diritto alla prova.

La prassi delle "imputazioni gonfiate"<sup>29</sup> costituisce, a sua volta, il modo per giovare abusivamente del regime riservato a determinate fattispecie, quali la custodia cautelare in carcere per talune categorie di reati o per poter svolgere attività di captazione; iniziative altrimenti precluse per addebiti differenti.

Non trascurabili gli effetti prodotti da prassi devianti - in parte "immunizzate" dalla nuova disciplina prevista per il controllo dei tempi delle indagini imposte dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 - legate all'iscrizione "a catena" di nuove ipotesi di reato in modo da protrarre *ad libitum* le indagini in spregio ai limiti cronologici posti dal legislatore.

Sempre con riguardo al promovimento dell'azione penale - che, come emerge da questo breve *excursus*, costituisce uno dei punti nevralgici del sistema, gravido di implicazioni sul piano dell'abuso del processo -, il suo esercizio apparente, raramente contrastato dal giudice mediante l'impulso previsto dall'art. 421-*bis* c.p.p., implica il rinvio a giudizio in vista della condanna. Aspetto questo che pare accentuarsi con l'adozione della regola di valutazione costituita dalla «ragionevole previsione di condanna» introdotta con l'art. 23,

<sup>28</sup>F. SIRACUSANO, *Giudizio immediato*, in *Dig. pen.*, V, Agg., Torino, 2010, 422.

<sup>29</sup>APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano-Padova, 2018, 255.

co. 1, lett. *l*), D.Lgs. n. 150 del 2022 se non sarà accompagnata da un radicale mutamento culturale che superi questa mera lustra esterna<sup>30</sup>.

Un ulteriore comportamento abusivo da parte del p.m. è costituito dal c.d. *forum shopping*, soprattutto in quelle ipotesi in cui questi utilizzi, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il criterio suppletivo della priorità nell'iscrizione della notizia di reato per effettuare indagini su fatti totalmente avulsi dal contesto territoriale in cui egli andrà ad operare. Prassi avallata da un formante giurisprudenziale che tende ad apprezzare l'aspetto rigorosamente formale della specifica ipotesi criminosa oggetto di iscrizione<sup>31</sup>. Le perniciose ricadute sulla posizione dell'imputato sono chiare e molteplici, prime tra tutte la distrazione dal giudice naturale<sup>32</sup>, oltre alla lesione di quel principio che sta alla base della distribuzione orizzontale della giurisdizione nel segno della "vicinanza" con la prova.

L'istituto del fermo rappresenta un altro strumento a disposizione dell'inquirente in funzione di scopi eterogenei rispetto a quelli eticamente plausibili. Non è infrequente, infatti, che a fronte di un'istanza cautelare, per imprimere un'accelerazione alla decisione cautelare del G.i.p., il p.m. emetta decreto di fermo a carico dell'indagato, di modo che in sede di convalida possa poi avanzare richiesta cautelare.

La proposta di applicazione della pena concordata, se rivolta ad imputati gravati da misure cautelari, può rappresentare strumento per consentire al p.m. di apportare al paniere probatorio dichiarazioni *erga alios*, costituenti il presupposto per accedere alla definizione premiale prevista dall'art. 444 ss.

Insomma, esempi significativi di come la posizione di potere del titolare della funzione di accusa possa dar luogo a comportamenti avvinti da finalità abusive.

3. *L'abuso del processo da parte dei soggetti privati*. L'idea del processo come gioco sembrerebbe autorizzare comportamenti delle parti che, nel momento in cui si modellano secondo quanto previsto *per tabulas*, non possono generare abusi. D'altronde, soprattutto avuto riguardo alle parti private, il di-

---

<sup>30</sup>Sul punto, in chiave di metodo, non possono trascurarsi i sempre attuali moniti di NOBILL, *L'accusatorio nelle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Critica dir.*, 1992, 11 ss.

<sup>31</sup>Cass., Sez. II, 19 novembre 2019, n. 679, in *Mass. uff.*, n. 277818-01; Id., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, *ivi*, n. 234349.

<sup>32</sup>CATALANO, *Verso le colonne d'Ercole dell'abuso del processo: strategie e ruolo del pubblico ministero*, in *L'abuso del diritto, del processo e nel processo*, in *Giur. merito, Supplemento al volume XXXIX*, 2007, 59; volendo, per ulteriori profili abusivi, GIUNCHEDI, *Moduli differenziati di accertamento, incremento delle garanzie e "ragionevole" durata del processo penale*, in *La giustizia penale differenziata*, III, *Gli accertamenti complementari*, coord. da Montagna, Torino, 2011, 111.

ritto di difesa<sup>33</sup> non dovrebbe subire limitazioni, riprova ne sia la garanzia contro l'autoincriminazione posta in capo all'accusato.

Epperò, l'inserimento nella Carta costituzionale del principio della ragionevole durata del processo ha destato una rinnovata attenzione verso la necessità di assicurare la definizione del procedimento in tempi brevi, in sintonia con quanto già da tempo le convenzioni sovranazionali garantiscono, sollecitando la rilettura di comportamenti conformi al modello codicistico i quali, nonostante risultino strumentali alla posizione speculare della parte, sottendono finalità in contrasto con le ideologie del processo, tra cui, per l'appunto, i tempi di svolgimento<sup>34</sup>. La ragionevolezza del tempo per pervenire ad una decisione ha molteplici significati, posto che l'approccio alla materia è variegato ed in particolare implica il non facile contemperamento di esigenze di speditezza, da un lato, e di tutela delle garanzie difensive, dall'altro. È quanto aveva avuto modo di sottolineare, ancor prima della costituzionalizzazione del principio, il giudice delle leggi secondo il quale il diritto di azione in giudizio implica il rispetto di una durata ragionevole del processo<sup>35</sup>, senza che ciò vada a discapito dei canoni garantistici previsti per l'elaborazione della prova<sup>36</sup>.

Coerentemente con la finalità che si propone di assolvere la norma, si ritiene che la garanzia debba estendersi a tutte le fasi procedimentali e processuali, proprio in via profilattica rispetto a forme di abuso da parte di soggetti che specularmente abbiano interesse a diluire la durata dell'intero procedimento o di alcune sue fasi per fruire di provvedimenti definitivi - come la prescrizione sostanziale e processuale (*recte*, improcedibilità) - o interinali - ad esempio, la caducazione dei termini di fase della custodia cautelare -<sup>37</sup>. Si tratta di condotte ostruzionistiche che si ripercuotono sul diritto alle restituzioni e al risarcimento della vittima del reato la quale, salva la ricorrenza dell'ipotesi prevista dall'art. 578 c.p.p., dovrà spostare in sede civile o amministrativa la domanda ex art. 185 c.p.

<sup>33</sup> In ordine al quale, per tutti, FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, cit., III, 1989, 466 ss.

<sup>34</sup> V., anche, la ricca casistica delineata da SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, cit., 143 ss.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991, in particolare nel seguente passaggio della massima ufficiale: «posto che il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 Cost., implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia; che il potere di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti trova la concreta esplicazione nella disciplina del processo, con una molteplicità di istituti destinati a rendere effettiva questa garanzia...».

<sup>36</sup> AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 ss.

<sup>37</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a GIUNCHEDI, *Il punto di vista di un avvocato. Il labile confine tra diritto di difesa e abuso del processo*, in *L'abuso del diritto, del processo e nel processo*, cit., 67 ss.

La prospettiva da cui muovere per cercare una convincente metodologia di approccio al problema, reso più marcato dalle molteplici pronunce di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, è quella di integrare vicendevolmente *speedy trial* e *fair trial*<sup>38</sup>. Integrazione ostacolata dalla necessità di assicurare garanzie che, per converso, rallentano in misura elefantica il processo, soprattutto quando vengono utilizzate per finalità eticamente aliene a quella del processo. Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 185 c.p.p. che prevede, quale effetto della declaratoria di nullità, la fisiologica propagazione della sanzione a tutti gli atti conseguenti con regressione del procedimento «allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo» con dilatazione dei tempi del processo, considerato che, a seconda della tipologia di nullità, varia la fase processuale in cui questa può essere dedotta (art. 182 c.p.p.). Sottolineatura non trascurabile in quanto tesa a stigmatizzare tattiche difensive speculari all'espansione della durata del processo<sup>39</sup>.

Altrettanto significativi, al fine di percepire i “rischi” di abuso<sup>40</sup> ai quali è esposto il rito criminale italiano, risultano gli innumerevoli procedimenti incidentali<sup>41</sup> che non sempre costituiscono un binario parallelo, autonomo rispetto a quello principale. Si pensi all'istanza di rimessione che spiega effetti sospensivi, facoltativi o obbligatori, sul corso del processo.

Importanti riflessi vengono esercitati dal procedimento incidentale cautelare su quello finalizzato ad accertare la responsabilità dell'imputato. Tranne l'ipotesi del giudizio immediato “cautelare”, il giudicato cautelare non dovrebbe produrre effetti sul procedimento principale, soprattutto dopo che la Corte costituzionale ha ribadito l'indipendenza dei due alvei<sup>42</sup>. Eppure, pro-

---

<sup>38</sup> Aspetto già avvertito da GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, 1981, III, 585; e successivamente da F. SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo quale “metodo” della giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 768.

<sup>39</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 188 s., tende ad operare una distinzione tra poteri del p.m. e garanzie in capo all'imputato, operando una condivisibile distinzione tra il soggetto al quale sono diretti gli effetti del processo e colui che, invece, è il realizzatore della potestà punitiva dello Stato.

<sup>40</sup> ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 3599, in riferimento ai comportamenti abusivi delle parti private, ritiene «preferibile parlare di abuso del diritto».

<sup>41</sup> Sulle ricadute dei procedimenti incidentali su efficienza e razionalità del sistema processuale, IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2190 ss.

<sup>42</sup> Corte cost., 2 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, 1131, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 405, co. 1-bis, c.p.p. per contrasto con i parametri valoriali di cui agli artt. 3 e 112 Cost., ha spiegato che «tale disposizione, nel prevedere che il p.m., al termine delle indagini, deve formulare richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata per la insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non sono stati acquisiti, successivamente, altri elementi a carico dell'indagato, rovescia il rapporto fisiologico tra procedimento incidentale “*de libertate*” e procedimento principale e introduce un *vulnus* al principio di “impermeabilità” del secondo rispetto agli esiti del primo, giacché il

prio il germinare delle decisioni, conseguenza dei procedimenti incidentali, rischia di creare vincoli se non formali<sup>43</sup> quantomeno idonei a “suggestionare” l’attività del giudicante. Si pensi all’ipotesi in cui vengano applicate misure cautelari personali e reali, magari con una diversa competenza in sede di riesame, tale da richiedere l’intervento decisionale di differenti autorità<sup>44</sup>. In questo caso, oltre all’ordinanza primigenia, a seguito dell’attivazione dei controlli si giungerà a due diverse ordinanze in sede di riesame, oltre alle eventuali sentenze della Cassazione. Decisioni che, salve le prerogative tipiche dei singoli controlli (dalla natura di gravame del procedimento di riesame ai ristrettissimi ambiti del controllo cautelare reale in sede di legittimità, possibile solo per violazione di legge), avranno riguardo alla medesima questione, come ad esempio le intercettazioni; decisioni che andranno a sommarsi a quelle del procedimento principale (primo e secondo grado, oltre al giudizio di legittimità).

In termini analoghi si potrebbe ragionare in riferimento alla competenza. Sono tutti comportamenti che generano una molteplicità di pronunce le quali, nell’ottica del soggetto che le attiva, creano un contrasto di giudicati o influenzano una determinata decisione, alimentando con ciò la tentazione di

---

legislatore riconosce a determinate pronunce rese in sede cautelare un’efficacia preclusiva sul processo; ma tale soluzione è irragionevole per la diversità tra le regole che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l’azione penale, nonché per la diversità dei valori in gioco (limitazioni alla libertà personale a fini cautelari, da un lato, e apertura della fase processuale ai fini del giudizio di merito, dall’altro) e per il fatto che viene trascurata la diversità della base probatoria delle due valutazioni a confronto, poiché, se il p.m. fruisce del potere di selezionare gli elementi da sottoporre al giudice della cautela, le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale sono, invece, prese sulla base di tutto il materiale investigativo, mentre, quando si pronuncia in materia cautelare, la Corte di cassazione non accerta in modo diretto la mancanza del “*fumus commissi delicti*” ma si limita a controllare la motivazione del provvedimento impugnato, con la conseguenza che l’eventuale annullamento di quest’ultimo non svela automaticamente l’inesistenza dei gravi indizi. La norma censurata altera, quindi, la logica dell’istituto dell’archiviazione che, da strumento di controllo volto a verificare che l’azione penale non sia indebitamente omessa, acquisirebbe l’opposto obiettivo di impedire che l’azione penale sia inopportunamente esercitata, con la conseguenza che la richiesta coatta di archiviazione finisce per trasformarsi in una sorta di sanzione “*extra ordinem*” per le iniziative cautelari inopportune del p.m., peraltro inaccettabile sul piano costituzionale, perché discriminante tra le posizioni degli indagati in rapporto ad attività addebitabili all’organo dell’accusa».

<sup>43</sup>Sebbene metodologicamente superata, continua ad essere attuale la definizione del procedimento incidentale effettuata da SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, Torino, 1953, 7: «è la forma processuale di una vincolazione causale collaterale o secondaria determinata dallo sviluppo dalla vincolazione fondamentale e principale».

<sup>44</sup>Si ipotizzi che il G.i.p. di Parma abbia applicato a Tizio la custodia cautelare in carcere e, al contempo, gli abbia sequestrato, in via preventiva, un rapporto di conto corrente bancario. In sede di riesame saranno rispettivamente competenti il Tribunale di Bologna per la misura personale e quello di Parma per la reale.

sperimentare rimedi<sup>45</sup>. Infatti, qualora l'incidente cautelare *de libertate* abbia escluso la sussistenza della gravità indiziaria e, all'esito delle indagini, il quadro gnoseologico non sia sensibilmente mutato, sarà agevole puntare su una sentenza favorevole definendo il procedimento con il rito abbreviato; in caso opposto - quando il Tribunale della libertà o la Corte di cassazione abbiano obliterato il quadro indiziario - sarà sconsigliabile *rebus sic stantibus* investire su un rito che utilizza il medesimo materiale probatorio su cui si fonda la pronuncia incidentale. In questo caso, infatti, lo strumento finalizzato ad immunizzare il proliferare delle decisioni, costituito dalla preclusione, opera solo nel medesimo procedimento incidentale come in ipotesi di reiterate richieste di revoca o sostituzione della misura cautelare le quali, in assenza di un *quid novi*, precludono al giudice di prendere cognizione della questione dedotta<sup>46</sup>.

In una prospettiva più ampia, ciò che molto spesso genera comportamenti abusivi, soprattutto in capo alle parti private, è il sistema dei controlli. Nonostante sia opinione comune che un ampio ventaglio di impugnazioni costituisca segno di civiltà, al contrario si ritiene che più che sotto il profilo numerico un sistema giurisdizionale efficiente debba consistere in strumenti tali da poter rimuovere in qualsiasi momento la decisione ritenuta ingiusta. Il pericolo, però, è quello che la predisposizione di rimedi "aperti" apra il varco al reiterato ed indiscriminato accesso ad un altro giudice, al quale ovviamente occorre porre un limite perché, altrimenti, «ogni lite diventerebbe un focolaio cronico»<sup>47</sup>, dando vita a quel ricorrente fenomeno dell'utilizzo delle impugnazioni pretestuose, tipico «dei modelli di giustizia ad organizzazione piramidale»<sup>48</sup> ove l'impugnazione è finalizzata a differire l'esecutività della sentenza o a lucrare, strada facendo, dei benefici processuali del tutto estranei alla prospetti-

---

<sup>45</sup>IACOVELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, cit., 2191, con la consueta chiarezza, spiega che «siamo oltre il garantismo. Il garantismo vuole essere un rimedio all'errore, qui si cerca invece l'errore: se fai ripetere ad un calciatore sette rigori, è probabile che qualcuno lo sbaglia. Capisco che è bene che più giudici si pronuncino sul fatto, ma che nello stesso processo sulla stessa questione di diritto ci vogliano sette pronunce per mettere la parola fine alla questione è una idea ossessiva che ricorda la patologia della coazione a ripetere».

<sup>46</sup>Cass., Sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *Mass. uff.*, n. 198213, secondo cui il giudicato cautelare "copre" solo le questioni dedotte, ma non anche quelle deducibili.

<sup>47</sup>GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, 15.

<sup>48</sup>FIORIO, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio di appello*, in *Le impugnazioni penali*, cit., 303.

va della correzione dell'errore<sup>49</sup>. Naturalmente - e la questione non è di facile risoluzione - ad un evoluto sistema delle impugnazioni, consegue il contrapposto pericolo di un uso strumentale delle stesse, presentate cioè al di là del loro eventuale esito ed in vista di una causa di estinzione del reato, quale prescrizione o remissione/accettazione della querela.

4. *La profilassi ai comportamenti abusivi.* Il percorso ricostruttivo effettuato conduce a dei punti fermi, soprattutto alla luce degli apporti correttivi della giurisprudenza che, allo stato, sta supplendo all'inerzia del legislatore, il cui intervento risulta fondamentale per disciplinare e sanzionare condotte abusive<sup>50</sup>.

Questa esigenza è emersa con decisione all'esito di una sentenza delle Sezioni unite<sup>51</sup> le quali, in riferimento alla concessione del termine a difesa previsto dall'art. 108 c.p.p., hanno sanzionato l'avvicendamento di difensori considerato non giustificato da effettive esigenze difensive, essendo preordinato a dilatare i tempi processuali con la conseguenza di configurare un uso distorto

---

<sup>49</sup>FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. giust.*, 1991, 623 s.; GREVI, *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1167.

Si osservi come attualmente, mediante il comma 2-bis dell'art. 442 c.p.p. introdotto dall'art. 24, co. 1, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, il legislatore abbia individuato un antidoto all'impugnazione delle sentenze di condanna emesse in sede di giudizio abbreviato, prevedendo che «quando né l'imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione».

Un ulteriore incentivo a non attivare il controllo è previsto per il decreto penale di condanna. La lett. *h-ter*) dell'art. 460, co. 1, c.p.p., aggiunta dall'art. 28, co. 1, lett. *b)*, n. 1), d.lgs. n. 150 del 2022, prevede che «può essere effettuato il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto, *con rinuncia all'opposizione*» [il corsivo è nostro].

<sup>50</sup>V., ad esempio, i suggerimenti di AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 1597 s.; ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, cit., 3604.

<sup>51</sup>Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, in *Cass. pen.*, 2012, 2410, con nota di CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*. Per la Cassazione «l'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché 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 applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso nel caso di specie qualsiasi violazione del diritto alla difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, atteso che lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive - attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricasazione inammissibili - con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali)».

del diritto ad agire/reagire in giudizio in vista di un vantaggio contrario allo scopo per cui quel diritto è riconosciuto. Di fronte a siffatte situazioni le Sezioni unite hanno spiegato che il sistema non deve apprestare tutela.

Il concetto risulta estremamente chiaro secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza<sup>52</sup> la quale richiama le fonti sovranazionali sia con riferimento alla previsione da parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di un ricorso abusivo (art. 35, par. 3), sia in relazione all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>53</sup>.

La dottrina è decisamente più critica rispetto alla conclusione delle Corti, e si ancora al principio di legalità processuale, considerato che la sanzione applicabile implica un margine di discrezionalità<sup>54</sup> in capo all'organo giudicante chiamato a valutare il comportamento abusivo. La soluzione adottata si risolve essenzialmente nell'espansione delle categorie dell'inammissibilità<sup>55</sup> e della preclusione<sup>56</sup>, finalizzate a contenere forme di proliferazione dei procedimenti di controllo, tanto da parlarsi di «decisioni nelle quali la soluzione applicativa, talora fortemente innovativa, risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale quale ridisegnato dal principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, co. 2, Cost.: “regola precettiva e interpretativa a un tempo” e “asse portante della nuova lettura della norma” procedimentale, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione», tendenza in concreto supportata da «interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto” o “delle forme giuridiche”. Non sembra tuttavia, ad uno sguardo d'insieme, che l'attitudine espan-

---

<sup>52</sup> Oltre a Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, cit., cfr. Cass., Sez. II, 15 marzo 2016, Acciari, in *Mass. uff.*, n. 266772, secondo cui «in materia di diritto di difesa, il diniego di termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, co. 1, c.p.p., non danno luogo ad alcuna nullità quando la relativa richiesta non risponda ad alcuna esigenza difensiva ma integri un'evidente tattica dilatoria con abuso del processo. (Nella fattispecie la Corte ha precisato che nell'ipotesi di reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, in cui il nuovo difensore di fiducia presente in udienza chieda un termine per discutere la causa, il tribunale, qualora ravvisi l'abuso del diritto alla difesa tecnica, è legittimato a rigettare tale richiesta invitando il difensore a concludere nella stessa udienza e, a fronte del diniego di quest'ultimo, interpretabile come abbandono della difesa, ex art. 108 c.p.p., può far concludere un difensore d'ufficio nominato in sostituzione del difensore di fiducia precedentemente revocato dall'imputato e presente in udienza che rifiuti di discutere)».

<sup>53</sup> Corte Giust. UE, 20 settembre 2007, C-16/05; Id., 21 febbraio 2006, C-255/02.

<sup>54</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 56.

<sup>55</sup> Giungono a queste conclusioni CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 106, e LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 511.

<sup>56</sup> IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, cit., 2199 ss.; CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014.

siva del principio di ragionevole durata del processo, componente essenziale ma non esclusiva del complessivo assetto costituzionale delle regole del “giusto processo”, abbia fatto smarrire alla giurisprudenza di legittimità l’esigenza di assicurare il necessario punto di equilibrio fra i valori di celerità e di lealtà, pena l’ineffettività della stessa risposta giurisdizionale, da un lato, e le garanzie individuali del contraddittorio, quali imprescindibili espressioni del diritto di difesa e di prova, dall’altro»<sup>57</sup>.

Proprio, a tal fine, la giurisprudenza ha offerto una ricca casistica sempre più evoluta, tendente, nel segno dell’inammissibilità, a vanificare finalità abusive<sup>58</sup>.

L’antidoto, nel solco della soluzione individuata da Cordero circa la valutazione dell’inoffensività del vizio<sup>59</sup>, risulta sicuramente efficace, ma permane la necessità di individuare un punto di equilibrio che sia normativamente indicato<sup>60</sup>; altrimenti il rischio è quello di esporsi alla discrezionalità del giudice, chiamato all’improbabile compito di indagare sugli *interna corporis* del titolare della posizione soggettiva. D’altro canto, a voler seguire il ragionamento delle Sezioni unite “Rossi” sembrerebbe che, in taluni casi, sia l’esito dell’iniziativa ipoteticamente abusiva a delineare se l’utilizzo di un istituto processuale persegua interessi contrari all’etica processuale<sup>61</sup>, comportando con ciò una valutazione postuma, tale da accentuare l’esigenza di optare tra legalità formale o giustizia sostanziale con tutti i limiti appena sottolineati<sup>62</sup>.

Ne consegue che l’espansione della categoria dell’abuso del processo deve

---

<sup>57</sup> Parole limpide ed esaustive di CANZIO, *Introduzione*, in *La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali. Anno 2008*, in *Cass. pen.*, 2009, *Supplemento al volume 7/8*, 8.

<sup>58</sup> La scansione giurisprudenziale a Sezioni unite costituisce l’evidente termometro dello scottante tema che affligge legislatore, magistrati e studiosi, impegnati nel cercare di scongiurare gli effetti strumentali delle impugnazioni: *Cass.*, Sez. un., 11 novembre 1994, Cresci, in *Cass. pen.*, 1995, 1165; *Id.*, Sez. un., 24 giugno 1998, Verga, *ivi*, 1999, 843; *Id.*, Sez. un., 30 giugno 1999, Piepoli, *ivi*, 2000, 25; *Id.*, Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, *ivi*, 2001, 1760; *Id.*, Sez. un., 27 giugno 2001, Cavalera, in *Guida dir.*, 2001, 38, 77; *Id.*, Sez. un., 22 marzo 2005, Bracale, in *D&G*, 2005, 30, 79.

<sup>59</sup> CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704 ss.

<sup>60</sup> AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, cit., 3597; APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 247 ss.; CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell’invalidità processuale penale*, Bologna, 2012, *passim*; CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, cit., 2454 ss.; CATALANO, *L’abuso del processo*, cit., 86 ss.; ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all’abuso?*, cit., 3601.

<sup>61</sup> Lo si evince dal passaggio argomentativo di *Cass.*, Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, cit., § 15 della motivazione: «le eccezioni di nullità manifestamente infondate prima esaminate e la ricsuzione dichiarata inammissibile».

<sup>62</sup> ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3594, il quale sottolinea l’alternativa tra fedeltà alla lettera della legge, da una parte, e metodo empirico, che partendo dallo specifico problema cerca una soluzione *ad hoc* (quindi in certa misura arbitraria e non riproducibile), discendente dal bilanciamento dei valori in gioco nella singola fattispecie».

necessariamente trovare un argine nel principio di legalità processuale, anche se stagliare delle sagome nitide volte ad individuare le situazioni ritenute idonee a pregiudicare l'etica e la ragion propria del processo appare non facile da realizzare<sup>63</sup>, nonostante, in taluni casi, il legislatore abbia predisposto strumenti efficaci. È quanto avvenuto, ad esempio, in merito alla richiesta di giudizio abbreviato effettuata *in limine* all'udienza preliminare dopo il deposito dei risultati delle investigazioni difensive. Il rimedio volto a riequilibrare lo squilibrio è stato individuato nella facoltà del p.m. di svolgere indagini suppletive sugli elementi gnoseologici introdotti dalla difesa<sup>64</sup>.

5. *Una soluzione ragionevole aderente al pensiero del Maestro.* In questa breve ricognizione dell'abuso del processo siamo partiti dalla prospettiva di Franco Cordero. Una posizione originariamente timida<sup>65</sup> in quanto i comportamenti abusivi non proliferavano come nel processo odierno. Lo stesso Autore, monitorando lo sviluppo del processo penale, ha poi incominciato ad intravedere la necessità di cercare un bilanciamento tra garanzie legate alla non conformità al modello di determinati atti, punibili con le nullità, rispetto al pregiudizio concretamente arrecato dalla violazione dello scopo a cui volge quella sanzione<sup>66</sup>. In periodi più prossimi, invece, la focalizzazione dell'abuso è risultata evidente e testimoniata da pagine vibranti ed intense, volte a condannare prassi, anche legislative, tendenti a snaturare l'essenza del processo penale<sup>67</sup>.

Uno sviluppo del pensiero, lento, armonioso e intenso, che, in una sorta di crescendo rossiniano, ci consegna il testimone per adempiere ad un compito non semplice: cercare di reprimere prassi devianti della funzione del processo, quella "frode alla funzione" evocata dalle Sezioni unite<sup>68</sup>.

Gli strumenti per raccogliere il testimone lasciatoci dall'illustre Autore sono costituiti dalla necessità, per mano legislativa, di ridefinire le garanzie, così da limitare situazioni abusive. Ciò, però, non appare sufficiente, essendo sempre richiesto l'intervento del giudice per valutare, in concreto, le deviazioni funzionali di un determinato comportamento<sup>69</sup>. Soluzione che, però, reca seco il rischio di espandere la discrezionalità del giudice creando «una frattura diffi-

<sup>63</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 87.

<sup>64</sup> APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 250.

<sup>65</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 158 ss.

<sup>66</sup> CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704 ss.

<sup>67</sup> CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., 1421 ss.

<sup>68</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, cit., § 15 della motivazione.

<sup>69</sup> Per PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3607, si tratta di valutazione impossibile da effettuare.

cilmente ricomponibile con il principio di legalità processuale»<sup>70</sup>.

Il bilanciamento degli interessi, che sicuramente costituisce la premessa per la soluzione al problema, in realtà non riesce a risolverlo completamente. Un buon compromesso in termini di ragionevolezza è rappresentato dal considerare la natura fondamentale dei diritti di volta in volta coinvolti.

Il punto, però, è quello di scongiurare fenomeni di *overuse* da non escludere anche in presenza della predisposizione di un bilanciamento di interessi, posto che siamo al cospetto di comportamenti che vanno indagati sul piano della conformità dello scopo all'etica processuale.

Nel giudizio di legittimità si fa frequentemente ricorso al c.d. *test* di resistenza, ponendo in capo a colui che invoca una violazione l'onere di dimostrare che, se espunto quell'elemento, il risultato sarebbe stato diverso. Nel caso della ritenuta violazione di un diritto, sarà onere del soggetto leso dimostrare il differente epilogo a cui sarebbe pervenuto se quel diritto gli fosse stato riconosciuto. È il caso dell'imputato, sempre assente alle udienze di un processo, che per una di queste invochi il legittimo impedimento per malattia. Una simile richiesta potrebbe apparire come una strumentalizzazione per lucrare un rinvio, a meno che l'imputato non dimostri la volontà di tenere un comportamento attivo - rendendo spontanee dichiarazioni o sottoponendosi all'esame, etc. - costituente per l'appunto la prova di resistenza.

Si può obiettare che imporre una simile dimostrazione significhi richiedere la prova diabolica; riteniamo, però, che per la maggior parte dei casi non si tratta di onere così difficoltoso e, comunque, in forza del principio di ragionevolezza, un simile antidoto risulta necessario per arginare sensibilmente fenomeni di abuso del processo.

---

<sup>70</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 89.