

2 0 0 8



**Seminario
interdisciplinare
sul tema
Etica,
economia e diritto**

Genova, 12 dicembre 2008

Leonardo Nicotra

**L'abuso del processo tra
regole deontologiche ed
esigenze di economia
processuale**

SOMMARIO: 1. Etica e diritto – 2. Diritto ed economia – 3. Etica ed economia (“econometrica”) – 4. Premessa definitoria – 5. L’abuso come fenomeno connotato soggettivamente – 6. Il dovere di lealtà processuale – 7. *Abuse of process* ed economia processuale – 8. Conclusioni.

1. Etica e diritto

L'argomento oggetto di questo elaborato, l'abuso del processo, costituisce un fenomeno di matrice “etica” che affonda le proprie radici nell'agire dell'essere umano e nelle regole sociali e morali che lo governano. Invero, parlare di etica del processo e di deontologia di chi vi opera può sembrare improprio, quanto meno agli occhi del comune cittadino. È diffusa, infatti, l'opinione secondo cui la stessa definizione di etica delle professioni legali costituisca una sorta di ossimoro, una contraddizione in termini, essendo implicito nell'agire dell'avvocato la mancanza di deontologia¹. In realtà, seppur non si può certo affermare che gli operatori del diritto siano sempre e

¹ G. HAZARD-A. DONDI, *Etica della professione legale*, Bologna, 2005, p. 18.

comunque ligi ai precetti etico-morali, il problema è ben più complesso e articolato.

Etica e processo, quindi. Etica e diritto, di conseguenza. La connessione tra i due temi è evidente. Che vi sia un indissolubile rapporto di osmosi tra il dibattito etico e quello giuridico è sotto gli occhi di tutti. È palese, infatti, come il diritto, spesso e volentieri, sia una sorta di *longa manus* della morale, lo strumento attraverso il quale si impongono ai consociati comportamenti ritenuti meritevoli e, addirittura, talvolta financo pensieri². Ciò è vero, soprattutto, nel campo del diritto penale³, il quale, sicuramente, nonostante la sua secolarizzazione, «continua ad essere il settore dell'ordinamento nel quale più si avverte il legame tra norme giuridiche e principi etici e religiosi»⁴. Il risultato di tale fenomeno, è l'attuale inflazione penalistica e la conseguente crescita dei procedimenti⁵.

Ma, guardando il fenomeno dall'alto, si nota come tale reciproca influenza con i suoi inevitabili condizionamenti sia presente anche, e soprattutto, nella normativa sovranazionale di principio, nelle cosiddette “dichiarazioni dei diritti”, cristallizzazione di valori ritenuti propri dalla comunità internazionale e, per questo, consacrati e riconosciuti in atti giuridicamente rilevanti⁶. Ancora, nella istituzione di tribunali internazionali competenti a conoscere della violazione di siffatti diritti e valori da parte dei consociati ed al fine di rendere effettivi gli stessi. Al riguardo, si è parlato di una visione “cosmopolita” della giustizia penale internazionale⁷, avente come obiettivo quello di eliminare, o quantomeno ridurre, le inevitabili

² Si pensi, ad esempio, ai cd. “reati di opinione”. Al riguardo, si veda la recente modifica apportata dalla l. 24 gennaio 2006, n. 85, «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione», commentata, fra gli altri, da M. PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, (I) e (II), in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 8, p. 959, n. 10, p.1197.

³ Per una analisi del mutamento dei rapporti tra diritto e morale, si v. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546.

⁴ V. PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 46. Nello stesso senso anche G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di auto castrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 74-75.

⁵ In materia si v. per tutti C. E. PALIERO, *«Minima non curat paetor»*. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁶ Basti pensare alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, al Patto internazionale sui diritti civili e politici e, di recente, alla c.d. “Carta di Nizza”.

⁷ Il termine “cosmopolitismo” rimanda all'elaborazione kantiana del concetto di “umanità”.



tensioni fra Stati mediante la minaccia di sanzioni per chi contravviene a quanto convenuto⁸. L'esempio più lampante di questa tendenza è costituito, senz'altro, dalla recente istituzione della Corte Penale Internazionale⁹, la quale, ai sensi dell'art. 1 dello Statuto firmato a Roma nel 1998¹⁰, è competente a conoscere anche — e questa è la vera novità dell'accordo — della responsabilità penale individuale per crimini internazionali, riconoscendo in tal modo anche le persone fisiche (e non solo gli Stati) quali soggetti del diritto internazionale¹¹.

Si tratta, pertanto, di strumenti volti ad attuare principi morali generalmente, almeno in massima parte¹², riconosciuti dalla comunità internazionale e resi cogenti attraverso lo strumento del diritto.

Situazione analoga a quella presente in ambito sovranazionale, si rinviene anche nel diritto interno dei singoli Stati, soprattutto in settori dell'ordinamento finalizzati all'imposizione di valori come il diritto penale.

⁸ Così A. GARAPON, *La giustizia penale internazionale dinanzi alla prova del cosmopolitismo*, in *Crit. dir.*, 2005, fasc. I, p. 143-144, il quale precisa che «tale modello ... presuppone, da un lato, un'organizzazione radicata tra i singoli stati che comunque non perdono la loro sovranità e si impegnano in un reciproco rifiuto della violenza; e dall'altro, esso annulla la tensione fra cultura e violenza, a favore di una comunità giuridica universale».

⁹ Ma non solo, si pensi anche al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ai Tribunali di Norimberga e di Tokyo ed ai più recenti Tribunali per la ex-Jugoslavia ed il Ruanda, quattro organismi ritenuti i precursori dell'attuale Corte ed un momento fondamentale per l'elaborazione di una giustizia penale internazionale; sulle origini storiche della CPI si v., tra gli altri, M. C. BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York, 1998. *Contra*, E. ORRÙ, *La Corte Penale Internazionale tra etica, politica e diritto*, in *Rag. prat.*, 2006, fasc. 27, p. 517, per la quale «l'idea di creare un tribunale penale internazionale permanente, nonostante abbia in un certo senso tratto alimento dai limiti che caratterizzano gli organismi *ad hoc*, costituisce un obiettivo perseguito già prima della nascita di questi ultimi».

¹⁰ L'art. 1 dello Statuto di Roma istituisce «una Corte penale internazionale ("la Corte") in quanto istituzione permanente che può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale».

¹¹ In materia si v. il contributo di E. ORRÙ, *op. cit.*, p. 515.

¹² Non si può certo tacere come nell'ambito delle "dichiarazioni" internazionali di diritti e principi la cultura occidentale tenda ad imporre agli stati contraenti i propri valori e non già a contemperarli con quelli di altre culture.

2. Diritto ed economia

Per sopravvivere, lo Stato necessita di una economia florida e per raggiungere tale obiettivo, inevitabilmente, utilizza anche e soprattutto il “diritto”. È ovvio, infatti, che le norme create dal legislatore siano un fondamentale mezzo per regolare ed orientare nella direzione voluta il mercato e, comunque, in generale l’economia¹³. Non solo: anche quando attraverso disposizioni giuridiche si persegue il fine di imporre un valore, come avviene nel campo del diritto penale, il criterio dell’economicità è sempre tra quelli esaminati in via prioritaria¹⁴. Basti pensare che la stessa Costituzione nell’art. 81, comma 4, stabilisce espressamente che «ogni ... legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte».

A loro volta, le scienze economiche analizzano i costi del sistema giuridico ricercando la più efficiente allocazione delle situazioni soggettive, comparando risorse disponibili e costi di ciascun diritto soggettivo. Quanto appena detto trova riscontro nella c.d. “analisi economica del diritto”¹⁵, riferibile originariamente al solo diritto penale (“economia criminale”¹⁶), oggi coinvolgente ogni settore del sistema giuridico; addirittura, c’è chi nota come «nella ormai “grande famiglia” della *Economic Analysis of Law* (EAL), il diritto penale, pur vantando, forse, la primogenitura, si è fermato ... a un livello di sviluppo, se non embrionale, certo poco più che infantile, nella fisionomia come nelle doti euristiche»¹⁷. Infatti, mentre nel campo del diritto civile, societario e finanziario la letteratura in materia si fa ogni giorno più cospicua, nel settore penale, salvo qualche eccezione¹⁸, si è sostanzialmente rimasti alla famosa

¹³ M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Milano, 2004, p. 253.

¹⁴ La conseguenza evidente è che se una norma, anche se ritenuta necessaria e “giusta”, non può essere attuata o comunque richiederebbe eccessivi costi di attuazione, non viene neanche creata.

¹⁵ Si tratta della Economic Analysis of Law (E.A.L.), nata negli anni sessanta nelle Università statunitensi quale risultato dell’economia applicata alle scienze giuridiche, e non già viceversa, grazie alle intuizioni di R. Coase, G. Calabresi e G. Becker. Quanto agli autori nostrani, di recente, v. D. FABBRI-G. FIORENTINI-L. A. FRANZONI (a cura di), *L’analisi economica del diritto. Un’introduzione*, Roma, 1997.

¹⁶ In ordine alla creazione, ad opera dell’economista americano Gary Becker, della “criminal economy” mediante l’applicazione della relazione costo-beneficio alle politiche di repressione del crimine si v. A. BONANNO, *L’analisi economica del criminale*, in *Etica ed economia*, 2004, I, p. 47.

¹⁷ C. E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1342.

¹⁸ Tra gli autori che di recente hanno cercato di ridare vitalità al fenomeno va segnalato, ad es., C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 1336. Si v. anche il fondamentale



elaborazione di Gary Becker il quale, ispirandosi al Teorema di Coase¹⁹, partorì una formula, nota, appunto come “formula di Becker”²⁰, basata sull’individuazione del costo sociale del reato e sull’analisi di benefici e danni, individuali e collettivi, derivanti dalla commissione di reati.

Si tratta quindi di un movimento (c.d. “E.A.L.”) — che, secondo uno dei suoi più autorevoli sostenitori, R. A. Posner, risale addirittura alle elaborazioni di Adam Smith e Jeremy Bentham²¹ — che persegue l’obiettivo di rendere efficiente il sistema giuridico attraverso l’applicazione allo stesso di metodi e tecniche microeconomiche²²; movimento, peraltro, non da tutti condiviso e,

contributo di G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 468, il quale, commentando l’ennesimo inasprimento delle pene per il reato di rapina, osservava come «dietro ad ogni rapina a mano armata, ... si nasconde il rischio che dalla rapina si passi all’omicidio: ed è un rischio in equilibrio instabile, che l’intervento della “legge Bartolomei” potrà solo far precipitare in peggio»; infatti, «quando ... si minaccia a quel tipo di rapinatore la pena di vent’anni — una pena che per effetto delle aggravanti comuni ... sale al livello sanzionatorio dell’omicidio — è fatale che lo si induca a trasformarsi da rapinatore in omicida, visto che, a conti fatti, il rischio penale delle due imprese criminose si equivale».

¹⁹ Si tratta della teoria economia elaborata da Ronald Coase ed avente ad oggetto le c.d. esternalità e la relazione fra costi privati e costi sociali nel processo di allocazione delle risorse: R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, n. 3, p. 1 e ss. Si ritiene comunemente che tale scritto, unitamente all’articolo di Calabresi in materia di *torts* (G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, p. 499 e ss.), abbia creato una “nuova” teoria economica del diritto non avente ad oggetto, a differenza delle elaborazioni tradizionali, settori dell’ordinamento giuridico non esplicitamente economici. In Italia, tra i pionieri di tale approccio, va senz’altro menzionato Pietro Trimarchi il quale, negli stessi anni in cui sorse in America l’*Economic Analysis of Law*, intraprese autonomamente i suoi studi in materia: cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

²⁰ G. S. BECKER, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, n. 76, 1968, p. 168 e ss.

²¹ R. A. POSNER, *The Economic Approach to Law*, 53 *Texas Law Review*, 757 (1975). *Contra*, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto* (voce), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, p. 309, per il quale «è vezzo diffuso, tra gli emergenti, risalire alle origini, alla ricerca dei propri, immancabili, tre quarti di nobiltà».

²² Più precisamente, l’idea di fondo dell’E.A.L. è quella di concepire il sistema giuridico non come un agglomerato di norme, bensì come un insieme di costi e benefici collegati ai comportamenti dei consociati: il risultato è che il singolo sceglierà se conformarsi o meno al precetto giuridico in base al costo che esso comporta ed il beneficio che potrebbe ottenere in caso di inadempienza.

comunque, tutt'altro che unitario²³. In particolare, si critica l'approccio "borghese" dell'E.A.L. (ciò da parte dei fautori di impostazioni economiche alternative, vale a dire marxiane), nel senso che esso punterebbe eccessivamente sull'efficienza allocativa anziché sulla distribuzione della ricchezza e utilizzerebbe parametri implausibili²⁴.

3. *Etica ed economia ("econometrica")*

Infine, per chiudere il cerchio, le regole etiche influenzano il pensiero economico, dovendo il mercato essere governato da norme che rispecchiano valori condivisi dai consociati, che non perseguono il solo fine di ottimizzare le risorse, ma cerchino anche di farlo in modo deontologicamente corretto²⁵. Invero, «non solo l'evoluzione nel pensiero economico, ma soprattutto le differenze nelle traiettorie di crescita dei diversi sistemi economici hanno messo ampiamente in luce che i sistemi economici hanno bisogno di regole che — per essere condivise dagli operatori e per essere quindi in grado di garantire obiettivi di benessere — devono essere definite in relazione al contesto politico, sociale e *morale* esistente»²⁶.

E infatti, non pare più attuale, almeno da qualche decennio, la tesi che concepisce tecnica economica e valori morali alla stregua due mondi distinti, lontani anni luce, privi di punti di contatto. A suo tempo, Adam Smith scriveva che «non è dalla generosità del macellaio, del birraio o del fornaio che noi possiamo sperare di ottenere il nostro pranzo, ma dalla valutazione che essi fanno dei propri interessi». Peraltro — benché, convenzionalmente, si attribuisca alla *Ricchezza delle nazioni* (1776) la nascita dell'economia politica — in realtà, già prima, nel 1714, Bernard de Mandeville, con la

²³ Infatti, ben distinte sono le posizioni delle due correnti americane di pensiero ovvero, da un lato, quella di "Poser and his follower" (c.d. scuola di Chicago), secondo la quale il common law sarebbe un corpo coerente di regole idonee a massimizzare l'efficienza del sistema; dall'altro, quella "Calabresi Brand" (c.d. scuola normativistica di New Haven), che guarda invece con occhio critico le norme giuridiche e propone riforme per ottimizzare l'ordinamento. Per una panoramica delle tesi contrapposte, v. R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 309 e ss.

²⁴ Per un compendio delle diverse critiche v. R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 331 e ss.

²⁵ I rapporti e le influenze reciproche fra etica ed economia sono particolarmente evidenti nel fenomeno della cd. "globalizzazione": invero, l'apertura dei mercati porta non solo alla circolazione mondiale dei prodotti e servizi, ma anche della cultura giuridica moderna e dei diritti fondamentali impliciti nella stessa. Sul tema, si v. M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3.

²⁶ A. BECCHI-G. M. REY, *L'economia criminale*, Bari, 1994, p. 110.



prima stesura della *Favola delle api*, pose le basi per il distacco del discorso economico dalla riflessione etica²⁷, originariamente entrambi discendenti dalla filosofia morale²⁸.

Tuttavia, da qualche tempo, gli economisti tendono a non ritenere più la propria scienza come un sistema chiuso, autosufficiente. In altre parole, in molti non credono più nel “postulato dell’*homo oeconomicus*”, ossia nella tendenza degli individui ad adottare comportamenti ottimizzanti, ed affermano, invece, l’inevitabile presenza, in capo ai agli stessi, di principi di carattere etico, di giudizi di valore che condizionano le scelte di carattere economico. Addirittura, vi è chi ritiene che «non [sia] possibile dissociare lo studio dell’economia da quello dell’etica»²⁹ (c.d. “etica economica”). Proprio grazie a tale Autore, A. K. Sen, si riesce a teorizzare la “econometrica”, ovvero una concezione innovativa dell’economia, basata su di una definizione innovativa di ricchezza, non più incentrata sul patrimonio mobile e immobile dell’individuo, bensì costituita da tutto ciò che contribuisce a produrre felicità, a migliorare la qualità della vita³⁰. Peraltro, già Aristotele, nella sua *Etica Nicomachea*, individuava nella ricchezza non un fine in sé ma un mezzo per arrivare a qualcos’altro, per arrivare alla felicità, l’unico bene “perfetto” ed “autosufficiente”³¹.

Si tratta, in definitiva, di un cambiamento metodologico che ha comportato una rivisitazione del concetto stesso di “economia di mercato”³². Conseguentemente, si è abbandonata la “mano invisibile” teorizzata da Smith a favore, invece, di una “economia civile”, un sistema economico nel quale il singolo, anziché ricercare sempre e comunque la massimizzazione dei propri interessi, mira, al contrario, a conseguire l’ottimizzazione dell’utilità collettiva³³.

A questo punto, osservato come le tre discipline oggetto di questo seminario siano intimamente connesse e reciprocamente

²⁷ B. DE MANDEVILLE, *La favola delle api, ovvero vizî privati e benefici pubblici*, Torino, 1961 (ed. originale 1714), il quale afferma che i vizi privati sono la base dei benefici pubblici e che pertanto l’economia può tranquillamente fare a meno della morale.

²⁸ Peraltro, c’è da dire che all’epoca la “filosofia morale” aveva un significato più ampio di oggi in quanto comprendeva tutte le scienze umane, in contrapposizione alla “filosofia naturale”, abbracciante invece le scienze naturali.

²⁹ Così A. K. SEN, *Etica ed Economia*, Oxford, 1986, p. 10.

³⁰ A. K. Sen è un professore indiano, Premio Nobel nel 1998, spesso definito un “economista anomalo”.

³¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 1986, p. 93 e ss.

³² Per “economia di mercato” si suole intendere un sistema economico in cui le transazioni sono regolate dai mercati tramite il meccanismo dei prezzi.

³³ Sul concetto di “economia civile” v. L. BRUNI- S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004.

influenzate, occorre passare più specificamente al tema centrale della relazione, l'abuso del processo: un tema che, sicuramente, presenta molteplici collegamenti con l'universo etico e con quello economico.

4. *Premessa definitoria*

Innanzitutto, occorre premettere che una definizione di “abuso del processo” non si rinviene in nessun testo normativo trattandosi di un fenomeno di mero fatto, non disciplinato dal legislatore. Pertanto, debesi necessariamente rifarsi alle elaborazioni dottrinali maturate al riguardo.

Invero, l'abuso del processo può essere visto da diverse angolazioni, inteso in diverse accezioni. La più comune è quella che guarda il fenomeno dal punto di vista deontologico dell'agire degli attori del processo, magistrati ed avvocati essenzialmente. Da quest'angolo visuale, l'uso distorto del processo si identifica con il «tradimento radicale della funzione sociale ed istituzionale della giurisdizione: uso deliberatamente strumentale del potere di azione, oppure ricorso anomalo agli istituti di garanzia con fini di vanificazione della pretesa punitiva»³⁴. Detto in altre parole, l'accezione sociologica o deontologica fa leva sull'abuso dei diritti e dei poteri attribuiti a coloro che utilizzano la macchina processuale, ovverosia il loro utilizzo per scopi e finalità diverse da quelle per cui istituzionalmente i medesimi sono stati attribuiti³⁵.

Peraltro, nonostante il fascino di cui l'accezione “finalistica” è pervasa, occorre da subito notare e sottolineare come, in fin dei conti, l'abuso è anche, anzi esclusivamente, un fenomeno processuale, un'anomalia congenita alla stessa idea di “processo” e forse, proprio per questo legame, difficilmente eliminabile. L'ordinamento conferisce ai suoi soggetti delle facoltà e queste, naturalmente, possono essere esercitate oppure no; chi può dire se il loro esercizio

³⁴ Così G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 4, p. 508.

³⁵ Tale approccio è adottato, tra gli altri, da E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 6, secondo la quale «la teorica dell'abuso processuale ruota intorno ad una intuizione scaturente dall'osservazione empirica della concreta esperienza processuale, che consente di registrare frequenti manifestazioni di comportamenti apparentemente conformi alle norme processuali, ma incoerenti con la *ratio* del rimedio impiegato o con le linee portanti del sistema processuale». Nello stesso senso si veda anche A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1544, per il quale «costituisce abuso l'esercizio di un diritto in contrasto con lo scopo per il quale viene riconosciuto».



sia “giusto” o “sbagliato”? Come si può discernere l’uso dall’abuso? È proprio per questo, proprio a causa della difficoltà, spesso, o impossibilità, a volte, di individuare la “finalità” propria di ciascun atto inserito in una sequela ordinata di atti che la definizione “deontologica” o “finalistica” di abuso perde, scontrandosi con la realtà, quel suo iniziale carisma e si mostra, tutto sommato, abbastanza fragile.

Se si persegue l’obiettivo di combattere la patologia in oggetto, quindi, sarebbe forse più utile, dal punto di vista pratico, adottare una nozione “oggettiva” di abuso, basata sull’analisi della congruenza o meno dell’apparato sanzionatorio approntato dall’ordinamento rispetto agli interessi che con tali sanzioni si vogliono tutelare. In altre parole, sarebbe opportuno procedere all’analisi dei singoli istituti previsti dal sistema processuale ed osservare se, data una certa sanzione in presenza di un certo presupposto, quella sanzione raggiunga davvero l’obiettivo cui è prefissata, ovvero se *effettivamente* ottenga l’effetto di tutelare l’interesse sotteso alla stessa e se, soprattutto, nel caso concreto quell’interesse sia davvero bisognoso di tutela³⁶.

Si adotterebbe, pertanto, un approccio, per così dire, “scientifico”, basato sulla premessa realistica che eliminare gli abusi è impossibile, che è molto più conveniente individuarli prima per prevenirli, a livello di normazione astratta, che combatterli dopo per rimuoverli.

Peraltro, si tratta di una via tortuosa e assai pericolosa: atteso che le ipotesi di abuso derivano e sono permesse essenzialmente dall’attribuzione di diritti e facoltà alle parti processuali, per eliminarle definitivamente e completamente l’unica e drastica soluzione sarebbe quella, inattuabile e di certo non auspicata, di eliminare *in toto* tali diritti e facoltà mediante il ritorno ad un modello anacronistico di giustizia penale che metta il bavaglio e leghi le mani agli attori della stessa³⁷. Chiaramente, ciò non è accettabile. Il problema, quindi, non è di facile soluzione: da un lato, la strategia migliore sarebbe quella di intervenire preventivamente, a livello di legislazione, ma ciò può portare alla compressione di diritti con fatica conquistati; dall’altro, il rimedio postumo, basato sulla irrogazione di sanzioni in presenza di un abusi accertati, è difficilmente attuabile proprio per la già citata

³⁶ Così, limpidamente, G. LEO, *L’abuso del processo*, cit., p. 509, secondo il quale «quanto maggiore risulti la congruenza tra meccanismo sanzionatorio ed effettività dell’esigenza di tutela, tanto più trascurabile diviene, per numero e portata, il coacervo di fenomeni che normalmente sono evocati dalla nozione di abuso».

³⁷ L’osservazione è di E. M. CATALANO, *L’abuso del processo*, cit., p. 7.

difficoltà di distinguere, caso per caso, tra uso ed abuso di facoltà legittime.

5. *L'abuso come fenomeno connotato soggettivamente*

Nonostante quanto appena osservato circa la scarsa utilità pratica di una nozione “finalistica” dell'*abuse of process*, lo stesso costituisce, all'evidenza, un fenomeno di matrice etica e, pertanto, in linea con lo spirito di questo elaborato, da tale prospettiva ci appresteremo ad osservarlo.

S'è detto in apertura che, dal punto di vista deontologico, l'abuso consiste essenzialmente nell'impiego di uno strumento processuale per uno “scopo” diverso da quello istituzionalmente conferito allo stesso. In tale contesto, assume chiaramente rilievo la differenza fra “funzione” attribuita dall'ordinamento ad una certa fattispecie processuale e “scopo pratico” perseguito invece dall'agente attraverso il medesimo³⁸. Di conseguenza, ogni qual volta vi sia una divergenza di intenti fra parte ed ordinamento si verificherà una ipotesi, appunto, di abuso del processo.

Tra l'altro, la tesi dell'abuso fondata sulla valorizzazione dell'elemento teleologico sembrerebbe trovare conferma indiretta nell'istituto della sanatoria delle nullità per conseguimento dello scopo. Ed infatti, la lett. b) dell'art. 183 c.p.p. può senz'altro essere intesa come rimedio volto ad impedire l'abuso di eccezioni di nullità: invero, le stesse non potrebbero ritenersi preordinate all'attuazione della funzione attribuita dal sistema all'atto che si vorrebbe dichiarato nullo essendosi la stessa, sia pure casualmente, già realizzata³⁹.

Inoltre, va rimarcato come tale distinzione sia lungi dall'essere priva di rilevanza pratica: separando il concetto di scopo funzionale da quello di motivo dell'atto processuale si riescono a superare le antiche obiezioni mosse alla medesima teoria dell'abuso sul piano del diritto sostanziale — il cosiddetto abuso del diritto, cronologicamente precedente al corrispondente fenomeno processuale, del quale l'argomento in oggetto è figlio e sviluppo — critiche basate, da un lato, sull'osservazione per cui il diritto finisce laddove inizia l'abuso e, pertanto, l'esercizio abusivo dello stesso rientrerebbe invece nella

³⁸ Quanto alla prima accezione, si veda, ad es., P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, p. 30; quanto all'obiettivo pratico perseguito dall'autore dell'atto, v. M. DONDINA, voce *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, Torino 1957, p. 1517, il quale al riguardo parla di “motivo”.

³⁹ Sul punto si veda E. M. CATALANO, *op. cit.*, p. 40.



categoria dogmatica dell'eccesso di diritto⁴⁰, dall'altro, sull'appartenenza del concetto di abuso alle scienze sociologiche piuttosto che a quelle giuridiche⁴¹. Tali critiche, invero, non possono essere traslate sul piano degli atti processuali: essendo lo scopo di questi indipendente dal contenuto formale del diritto esercitato tramite il compimento dell'atto, il rilievo dell'impossibilità di distinguere tra abuso del diritto ed eccesso di diritto non assume alcuna rilevanza⁴².

A questo punto, ciò che occorre chiedersi è come ci si debba comportare in presenza di un atto il cui scopo funzionale non sia agevolmente individuabile e quale rilievo sia da attribuire all'atteggiamento soggettivo dell'autore dell'atto stesso.

Tale osservazione è fondamentale per orientarsi nell'ambito della tematica in oggetto. Infatti, preso atto che la fattispecie di abuso si verifica in presenza di una mancata corrispondenza fra interessi tutelati dagli istituti processuali ed obiettivi concretamente perseguiti tramite gli stessi, occorre decidere quale criterio adottare per individuare tali incongruenze. Si è, sostanzialmente, in presenza di un'alternativa: o si adotta un approccio, per così dire, "oggettivo", che prescinde totalmente dall'atteggiamento mentale dell'agente e se ne disinteressa guardando invece alla sola divergenza funzionale dello strumento processuale, ovvero si fa leva sull'eventuale comportamento doloso o colposo della parte.

Ora, non essendo affatto agevole, in molte occasioni e con riguardo a diversi istituti, individuare con certezza assoluta la "funzione istituzionale" attribuita dal legislatore agli strumenti processuali, pare a chi scrive che il secondo approccio, quello soggettivo, sia più conforme a logica e forse più chiaramente evidenziante le fattispecie concrete di abuso.

Tale impostazione, d'altronde, sembra essere suffragata da alcune norme presenti nell'attuale codice di rito. Infatti, benché per tradizione il nostro ordinamento processuale non attribuisca rilievo ai vizi della volontà⁴³, l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale pare aver apportato significative, anche se circoscritte, modifiche alla precedente impostazione. Basta fare qualche esempio: l'art. 446, in tema di "patteggiamento", prevede al 2° comma che «il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta o

⁴⁰ La formulazione classica di tale obiezione risale a M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1917, p. 270.

⁴¹ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*. Aemulatio, Padova, 1979, p. 219.

⁴² Così E. M. CATALANO, *op. cit.*, p. 41.

⁴³ V. B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 143.

del consenso, dispone la comparizione dell'imputato»; l'art. 427 c.p.p., a seguito degli interventi della Corte Costituzionale⁴⁴, richiede la colpa quale presupposto necessario per la condanna del querelante temerario al pagamento delle spese processuali; l'art. 616 c.p.p., sempre a seguito di analoga pronuncia della Consulta⁴⁵, sanziona la parte privata che abbia presentato un ricorso inammissibile solo in presenza di elementi di colpa in capo alla stessa.

Dalle norme del codice, quindi, anche in virtù della giurisprudenza costituzionale citata, emerge abbastanza chiaramente come le sanzioni per l'uso strumentale della giustizia presuppongano e richiedano necessariamente quanto meno la colpa dell'attore: pertanto, non potendosi sanzionare comportamenti devianti incolpevoli, la nozione di "abuso" viene inevitabilmente a connotarsi soggettivamente.

Ebbene, così definito il concetto di abuso processuale, è chiaro come lo stesso dipenda dalla violazione di regole deontologiche da parte degli attori del processo.

6. Il dovere di lealtà processuale

Alla luce di quanto osservato, la riconduzione del fenomeno in oggetto all'inosservanza del generale dovere di lealtà processuale pare inevitabile. Si tratta di un principio insito nello stesso concetto di "giustizia" e che oggi, a seguito della riforma del "giusto processo", trova diretto riconoscimento nell'art. 111 Cost. Infatti, tale articolo, configurando un sistema processuale basato sul rispetto delle regole del gioco, «legittima e impone ... una esplicita riaffermazione del

⁴⁴ Il comma 1 dell'art. 427 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui prevede, nel caso di proscioglimento dell'imputato per non aver commesso il fatto, che il giudice condanni il querelante al pagamento delle spese anticipate dallo Stato anche quando risulti che l'attribuzione del reato all'imputato non sia ascrivibile a colpa del querelante» (C. cost., sent. 21 aprile 1993, n. 180, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1661) e «nella parte in cui prevede, nel caso di proscioglimento dell'imputato perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto, che il giudice condanni il querelante al pagamento delle spese anticipate dallo Stato anche in assenza di qualsiasi colpa a questi ascrivibile nell'esercizio del diritto di querela» (C. cost., sent. 3 dicembre 1993, n. 423, in *Cass. pen.*, 1994, p. 528).

⁴⁵ Tale articolo è stato dichiarato illegittimo «nella parte in cui non prevede che la Corte di cassazione, in caso di inammissibilità del ricorso possa pronunciare la condanna in favore della cassa delle ammende, a carico della parte privata che abbia proposto il ricorso senza versare in colpa nella determinazione della causa di inammissibilità» (C. cost., sent. 13 giugno 2000, n. 186, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2920).



generale dovere di correttezza processuale configurabile in capo alle parti del processo penale»⁴⁶.

Una *fairness*⁴⁷, implicita nella stessa elaborazione del *due process of law*, che deve quindi informare il comportamento delle parti, tanto quella pubblica che quella privata, a pena di ledere e rendere soltanto parole prive di contenuto concreto i principi inseriti in Costituzione dalla riforma del 1999.

Ma tale obbligo di “correttezza” non consiste soltanto in un invito generico ad agire lealmente nell’ambito del processo, rafforzato dall’aggettivazione di questo come “giusto”⁴⁸, ma trova anche riconoscimento ed enunciazione in alcune norme del codice di rito, oltreché in altre disposizioni della Carta Costituzionale. Ad esempio, l’art. 499 c.p.p., nel disciplinare l’escussione dei testimoni, vieta taluni comportamenti scorretti (domande nocive, domande suggestive nell’esame diretto, domande lesive della dignità della persona escussa) ed attribuisce al giudice il compito di assicurare la lealtà dell’esame; gli artt. 427 e 616 c.p.p., come già s’è visto in precedenza, puniscono la presentazione di querele colposamente temerarie e ricorsi *ictu oculi* infondati; l’art. 88 c.p.c., pacificamente estendibile anche al processo penale, impone alle parti di «comportarsi in giudizio con lealtà e probità».

Quanto al pubblico ministero, inoltre e specificatamente, è la stessa idea di organo pubblico a presupporre l’imparzialità e il corretto agire in vista del perseguimento di interessi di rilevanza pubblicistica: come si è giustamente osservato, tale «imparzialità ... è sinonimo di rettitudine e di lealtà nell’esercizio della funzione pubblica affidatagli (e tutte le funzioni pubbliche vanno del resto esercitate con lealtà e rettitudine o meglio, con disciplina e onore, come recita l’art. 54, comma 2, Cost.)»⁴⁹. Ma non solo: tale dovere di lealtà del pubblico ministero trova altresì una indiretta base normativa nell’art. 97 Cost. che, nel richiedere che la pubblica amministrazione sia informata ai principi del buon andamento e dell’imparzialità, impone, ovviamente, anche agli uffici delle Procure della Repubblica, di agire secondo principi di correttezza. Inoltre, tale obbligo di

⁴⁶ E. M. CATALANO, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁷ La stretta correlazione fra abuso del processo e lealtà processuale è confermata dalla costruzione, negli ordinamenti di *common law*, della nozione di *abuse of process* come fondata sulla violazione del *fair trial*.

⁴⁸ Per essere “giusto”, in primo luogo il processo deve essere informato a regole di correttezza processuale rispettate da tutti gli attori dello stesso; comportamenti sleali, all’evidenza, violano palesemente i precetti costituzionali affermati ora nel nuovo testo dell’art. 111 Cost. e già impliciti negli artt. 24 e 97 Cost.

⁴⁹ In tal senso N. ZANNON, *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, 1996, p. 122.

correttezza e imparzialità viene espressamente sancito nell'art. 13 del Codice etico della magistratura ordinaria il quale, nel disciplinare il comportamento del pubblico ministero, precisa che lo stesso «si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo», «indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato»⁵⁰.

Quanto, infine, all'obbligo di "celerità", occorre ricordare che ai sensi dell'art. 73, comma 1, ord. giud., il pubblico ministero, tra l'altro, «veglia ... alla pronta e regolare amministrazione della giustizia».

Sul versante del difensore, invece, oltre alle norme codicistiche prima richiamate, vengono in rilievo altresì i principi espressi nel Codice deontologico forense ed in particolare dall'art. 6 il quale, sotto la rubrica "doveri di lealtà e correttezza", impone all'avvocato, appunto, «di svolgere la propria attività professionale con lealtà e correttezza» e di non «proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave»⁵¹.

Pertanto, sulla base di tali norme e principi, sono senz'altro censurabili per violazione della *fairness* processuale comportamenti, peraltro molto ricorrenti, quali, ad esempio, da un lato, per la parte pubblica, l'esercizio dell'azione penale per finalità diverse dall'accertamento di un reato, l'espletamento di attività integrativa d'indagine in assenza di reali esigenze di approfondimenti investigativi ed il ricorso alla custodia cautelare per finalità non consentite dalla legge fondamentale; dall'altro, per il difensore, la proposizione di impugnazioni ed il ricorso agli istituti della ricsuzione e della rimessione per fini dilatori in vista di una possibile prescrizione, la presentazione di istanze di riesame con successiva rinuncia e di richieste di incidente probatorio per ottenere la *discovery* di atti di indagine altrimenti coperti da segreto.

Si ritiene, invece, che un tale obbligo di lealtà non gravi sull'imputato il quale, pertanto, non potrà assumere la qualifica di litigante temerario: infatti, «tranne il caso in cui la sua temerarietà non sbocchi nel reato, la legge non dà rilevanza giuridica alla sua condotta temeraria, né lo colpisce con la sanzione processuale del risarcimento del danno processuale verso la parte civile, mentre diversamente

⁵⁰ Quanto al Codice etico della magistratura ordinaria, v. L. DE RUGGIERO-G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 17.

⁵¹ Per un commento della disposizione citata, si veda R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 189 e ss.



tutela l'imputato prosciolto quando litigante temerario è invece la parte civile»⁵².

7. Abuse of process ed economia processuale

Assodato che il fenomeno dell'uso distorto della macchina giudiziaria sia riconducibile esclusivamente al pubblico ministero ed al difensore⁵³, osservato come tali comportamenti integrino violazioni, oltretutto di precise norme costituzionali e legislative, dei principi etici governanti l'agire degli attori del processo, è un dato di comune esperienza che tali deviazioni funzionali si ripercuotano negativamente sui tempi della giustizia, spesso allungandoli oltremodo, in spregio del principio costituzionale della "ragionevole durata" ovvero, detto altrimenti, dell'economia processuale⁵⁴.

Invero, non v'è chi non veda come il ritardo nel compimento di atti istituzionalmente dovuti o la moltiplicazione di istanze e impugnazioni comporti un'inevitabile dilatazione temporale, spesso "irragionevole", del processo e, quindi, una maggiore inefficienza e diseconomicità dell'amministrazione della giustizia.

Al riguardo, occorre subito sottolineare come le responsabilità del cronico ritardo della giustizia italiana sia imputabile in egual misura tanto al pubblico ministero quanto alla difesa e non soltanto a quest'ultima, come invece spesso si grida a gran voce.

Invero, non sono infrequenti manovre "poco ortodosse" poste in essere dal rappresentante dell'accusa, soprattutto nella fase anteriore al giudizio. Basti pensare, ad esempio, ai ritardi non casuali delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato ovvero all'iscrizione

⁵² G. BELLAVISTA, *Il litigante temerario nel processo penale*, Trieste, 1949, p. 28. *Contra*, E. M. CATALANO, *op. cit.*, p. 76, per la quale «si delinea ... in capo all'imputato, un dovere di correttezza nel ricorso ai singoli rimedi processuali che sfuma in un dovere di coerenza con la *ratio* del diritto esercitato nelle ipotesi di esercizio del diritto di difesa *tout courts*».

⁵³ Invero, le ipotesi di distorsione funzionale riconducibili al giudice vengono a tradursi in una compromissione della sua imparzialità ed indipendenza e per la tutela di tali valori l'ordinamento predispone istituti appositi ed in particolare la disciplina delle incompatibilità e della ricasazione.

⁵⁴ Si aggiunga, per inciso, che, di regola, un modello processuale è tanto più efficiente quanto meno riconosce diritti e poteri alle parti. Infatti, come si è correttamente osservato, «garanzie processuali e celerità del processo sono valori non facilmente compatibili, ed anzi per lo più obiettivamente alternativi, nel senso che spesso ai fini della rispettiva realizzazione si pongono tra loro in un rapporto di inversa proporzionalità»; così V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzie del contraddittorio*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»: itinerari e prospettive*, Milano, 2001, p. 325-326.

generica, “contro ignoti”, quando invece si è già individuato un soggetto sostanzialmente indagato⁵⁵; all’inosservanza del termine prescritto per l’esercizio dell’azione penale con conseguente stasi del procedimento⁵⁶; al sistematico ricorso alle “indagini integrative” successive alla formulazione della richiesta di rinvio a giudizio ed a causa della genericità della stessa⁵⁷; al ricorso indiscriminato alle misure cautelari con la conseguente moltiplicazione dei procedimenti incidentali⁵⁸.

Invero, tali due aspetti – abuso del processo da parte del pubblico ministero e ragionevole durata – sono intimamente connessi. Come si è acutamente osservato⁵⁹, la norma contenuta nella

⁵⁵ Costituisce evidente manifestazione di tale prassi il richiedere, da parte delle Procure della Repubblica, tutti i dati anagrafici dell’indagato prima di rubricare il fascicolo “contro noti”.

⁵⁶ Come sottolinea E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 7, p. 801, nt. 23, «il rimedio dell’avocazione, previsto dall’art. 412 c.p.p. in caso di mancato esercizio dell’azione penale, trova, nella pratica, una applicazione così rara da far pensare alla scomparsa dell’istituto».

⁵⁷ Proprio al fine di evitare processi instaurati sulla base di imputazioni generiche e fondate su poco consistenti elementi investigativi, l’art. 21 della l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha inserito nel codice l’art. 421 *bis* a norma del quale il g.u.p., qualora ritenga incomplete le indagini svolte dal pubblico ministero, può indicare allo stesso le ulteriori da compiere fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare.

⁵⁸ Sul punto, va menzionato l’orientamento giurisprudenziale, ormai ampiamente consolidato, che per porre un freno alla continua reiterazione di richieste di provvedimenti coercitivi, formalmente consentita dal codice che nulla dice al riguardo, ha adottato una nozione estensiva di “ne bis in idem” ritenendolo applicabile anche nei procedimenti incidentali in virtù del c.d. “giudicato cautelare”. Significativa già la prima pronuncia in materia da parte delle Sezioni Unite: «la reiterazione del provvedimento impositivo della custodia cautelare in carcere ... deve ... ritenersi preclusa allorché il provvedimento sia rimasto caducato in conseguenza del riesame del merito effettuato con decisione giurisdizionale non più soggetta a gravame con la quale sia stata esclusa la ricorrenza delle condizioni generali di legittimità, attesa l’inconciliabilità che si determinerebbe tra i due provvedimenti e la preclusione processuale derivante dall’applicazione del disposto dell’art. 649 cod. proc. pen., nel quale è accolto il principio del ne bis in idem, operativo anche in materia cautelare» (Cass., Sez. Un., 10 settembre 1992, n. 11, Grazioso, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2990, con nota di M. VESSICHELLI, *Sull’inefficacia per tardività della decisione sulla richiesta di riesame*).

⁵⁹ E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo*, cit., p. 797. *Contra*, cfr. V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzie del contraddittorio*, cit., p. 324 e ss.; E. MARZADURI, *Commento a l. cost. 23/11/1999, n. 2 («giusto processo»)*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 771; A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, cit., p. 1541.



seconda parte dell'art. 111, co. 2, Cost. è essenzialmente finalizzata a garantire un diritto fondamentale dell'imputato e non già a tutelare l'interesse del sistema ad una efficace e repentina conclusione dei procedimenti per evitare proscioglimenti per prescrizione. Ciò si desume agevolmente dalla appena citata disposizione costituzionale la quale, al successivo 3° comma, attribuisce al legislatore il compito di far sì che «la persona accusata di un reato sia, *nel più breve tempo possibile*, informata riservatamente dalla natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» e che «*disponga del tempo* e delle condizioni necessari a preparare la sua difesa». Ma non solo: che sia l'imputato il destinatario del diritto ad un processo di durata ragionevole si evince dallo stesso sistema, un sistema dove le parti, nonostante le generiche enunciazioni di principio⁶⁰, sono impari per definizione ed in cui quella pubblica, titolare del potere di azione, è altresì, durante la fase delle indagini preliminari, *dominus* sostanziale della durata delle investigazioni essendo, da un lato, le richieste di proroga di fatto mai disattese dal g.i.p.⁶¹, dall'altro, l'inutilizzabilità degli atti compiuti a termini scaduti «sanata» dal successivo provvedimento giurisdizionale di accoglimento della richiesta di proroga formulata anteriormente allo spirare dei termini stessi⁶².

Si aggiunga poi, a definitiva conferma dell'interpretazione «soggettiva» del diritto alla durata ragionevole del processo, che è la stessa legge di attuazione del principio convenzionale, cui la norma costituzionale si ispira, a prevedere il diritto ad un'equa riparazione in caso di «mancato rispetto del termine ragionevole» di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶³. Ora, è chiaro che tale disposizione, nel configurare il principio costituzionale come un vero e proprio diritto soggettivo azionabile in giudizio, si rivolge ai «privati fruitori» della giustizia italiana.

Quanto detto, comunque, non vuole certo essere una assoluzione del difensore, anzi, tutt'altro. Infatti, è assai probabile, e forse è certo, che il maggior numero di abusi processuali siano frutto di strategie difensive volte a perseguire fini diversi da quelli «istituzionali» ed essenzialmente dilatori. Basti pensare al frequente

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 111, co. 2, Cost., le parti processuali devono agire in condizioni di parità; invero, nel processo penale, nessuno può ragionevolmente credere che accusa e difesa siano poste sullo stesso piano, titolari dei medesimi poteri.

⁶¹ Invero, quando effettua il controllo *ex art.* 406 c.p.p., il giudice compie un'operazione meramente formale e di tipo «notarile».

⁶² Ai sensi dell'art. 406, comma 8, c.p.p. «gli atti di indagine compiuti dopo la presentazione della richiesta di proroga e prima della comunicazione del provvedimento del giudice sono comunque utilizzabili».

⁶³ Art. 2 l. 24 marzo 2001, n. 89.

ricorso agli istituti della riconsunzione e della rimessione, o all'impugnazione delle sentenze di patteggiamento e in generale all'abuso dei mezzi di gravame per conseguire obiettivi diversi dalla riforma della decisione impugnata (differire il più possibile il giudicato nella speranza che maturino i termini di prescrizione o scadano quelli massimi previsti per la carcerazione preventiva)⁶⁴. Tuttavia, se pure è certo che tali comportamenti “eterodossi” vadano in qualche modo censurati, è altrettanto vero che vengono posti in essere dal titolare del diritto ad uno *speedy trial* e che, inoltre, a causa del minor peso processuale della parte privata, le eventuali istanze ed impugnazioni pretestuose producono senz'altro un minor “danno” rispetto a quelle realizzabili dalla controparte pubblica.

8. Conclusioni

Da quanto osservato, pur brevemente e superficialmente, emerge come il fenomeno in oggetto sia, essenzialmente, una discrasia creata da chi giornalmente utilizza lo strumento processuale, una patologia pre-giuridica, quasi esclusivamente culturale, che si può certamente combattere alla fonte, a livello di normazione astratta, ma che richiede, per essere eliminata, «una presa di coscienza del proprio ruolo da parte di tutte le categorie professionali coinvolte nell'amministrazione della giustizia»⁶⁵.

Si può, ovviamente — e sarebbe auspicabile che così fosse — cercare di correggere quegli istituti ad elevato coefficiente di abuso, ma, forse, ciò potrebbe non bastare. Una riforma del ruolo del g.i.p. che attribuisca allo stesso maggiori poteri, soprattutto sui tempi delle indagini, l'introduzione di sanzioni effettive, diverse dalla generica minaccia di avocazione, in caso di indagini senza fine, l'introduzione di precisi limiti alle richieste di provvedimenti cautelari con conseguenti sanzioni in caso di violazione, potrebbero accorciare i tempi della giustizia. Del pari, potrebbero risultare efficaci, la limitazione ad ipotesi eccezionali del potere del giudice di rilevare d'ufficio i vizi degli atti processuali, soprattutto qualora non sussista in capo alle parti un effettivo interesse alla rinnovazione dell'atto invalido; la rimozione della possibilità di ricorrere per cassazione avverso una sentenza frutto di accordo fra accusa e difesa; il potenziamento dell'inammissibilità per manifesta infondatezza (invero già molto utilizzata dalla Corte di Cassazione) per stroncare sul nascere impugnazioni pretestuose e dilatorie.

⁶⁴ Peraltro, quanto all'utilizzo dei mezzi di impugnazione al fine di ottenere proscioglimenti per prescrizione, pare a chi scrive che sarebbe maggiormente deontologicamente censurabile la condotta inversa, ovvero la mancata impugnazione di condanna a reato in procinto di estinzione.

⁶⁵A. NAPPI, *op. cit.*, p. 1544.



Certo, le riforme sono auspicabili; peraltro, se non saranno accompagnate da un potenziamento dei mezzi e del personale necessario e da un cambiamento culturale dei professionisti, difficilmente otterranno grandi risultati. D'altra parte, per citare autorevolissimo Autore, nel processo, «non essendo angeli gli operatori, niente esclude abusi»⁶⁶.

⁶⁶ F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 11, p. 1421.

Bibliografia

- E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 7, p. 797.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 1986.
- M. C. BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York, 1998.
- A. BECCHI-G. M. REY, *L'economia criminale*, Bari, 1994.
- G. S. BECKER, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, n. 76, 1968, p. 168.
- G. BELLAVISTA, *Il litigante temerario nel processo penale*, Trieste, 1949.
- L. BRUNI- S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004.
- A. BONANNO, *L'analisi economica del criminale*, in *Etica ed economia*, 2004, I, p. 42.
- G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, p. 499.
- E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004.
- R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, n. 3, p. 1.
- F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 11, p. 1421.
- R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2004.
- L. DE RUGGIERO-G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 17.
- M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3.
- M. DONDINA, voce *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, Torino 1957, p. 1517.



- D. FABBRI-G. FIORENTINI-L. A. FRANZONI (a cura di), *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, 1997.
- G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546.
- G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di auto castrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 62.
- A. GARAPON, *La giustizia penale internazionale dinanzi alla prova del cosmopolitismo*, in *Crit. dir.*, 2005, fasc. I, p. 143.
- V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»: itinerari e prospettive*, Milano, 2001.
- G. HAZARD-A. DONDI, *Etica della professione legale*, Bologna, 2005.
- G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 4, p. 508.
- B. DE MANDEVILLE, *La favola delle api, ovvero vizi privati e benefici pubblici*, Torino, 1961 (ed. originale 1714).
- G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463.
- E. MARZADURI, *Commento a l. cost. 23/11/1999, n. 2 («giusto processo»)*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755.
- P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988.
- A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1540.
- E. ORRÙ, *La Corte Penale Internazionale tra etica, politica e diritto*, in *Rag. prat.*, 2006, fasc. 27, p. 515.
- C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336.
- C. E. PALIERO, *«Minima non curat peator». Ipertrofia del diritto penale e de criminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

- R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto* (voce), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, p. 309.
- V. PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 33.
- M. PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, (I) e (II), in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 8, p. 959, n. 10, p. 1197.
- V. B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.
- R. A. POSNER, *The Economic Approach to Law*, 53 *Texas Law Review*, 757 (1975).
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1917.
- M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Milano, 2004.
- G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969.
- M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, 1979.
- A. K. SEN, *Etica ed Economia*, Oxford, 1986.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- M. VESSICHELLI, *Sull'inefficacia per tardività della decisione sulla richiesta di riesame*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2990.
- N. ZANNON, *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, 1996.