

ESISTONO AUTENTICHE FORME DI “DIVERSIONE” NELL’ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO? PRIMI SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE

Benedetta Bertolini

ABSTRACT

Con la diversione si intendono sottrarre al procedimento penale quei reati per i quali il processo, nella sua forma classica, viene ritenuto superfluo, se non dannoso. Ciò non significa che lo Stato rinuncia a reagire al reato in assoluto, ma che esso viene affrontato in maniera diversa, tramite modalità informali *tese a raggiungere i medesimi obiettivi di prevenzione, recupero e reinserimento sociale propri della giustizia formale*. L’ordinamento austriaco ne ha predisposto una disciplina particolarmente dettagliata. Alla luce di questa si compie una prima analisi del tessuto normativo italiano, allo scopo di verificare se istituti che vengono spesso presentati come vicini alla diversione abbiano davvero le caratteristiche che la contraddistinguono, arrivando a conclusioni perlopiù critiche. Il mancato pieno accoglimento delle alternative al processo nel nostro ordinamento sarebbe dovuto soprattutto alla “barriera all’ingresso” costituita dall’obbligatorietà dell’azione penale, barriera che tuttavia potrebbe non doversi considerare realmente ostativa.

SOMMARIO

1. Paradigmi della diversione in generale. – 2. L’esempio della diversione in Austria. – 3. Figure assimilabili alla diversione nell’ordinamento italiano. – 3.1. Istituti di giustizia minorile. – 3.2. La messa alla prova per adulti. – 4. Considerazioni finali.

1.

Paradigmi della diversione in generale.

Si sta consolidando anche in Italia il termine di derivazione statunitense “diversione”¹. Esso in prima approssimazione indica qualsiasi reazione statutale all’illecito che non consista nella celebrazione del processo penale. In forza della diversione, «reati meno gravi, commessi da soggetti considerati poco pericolosi, vengono estromessi dal processo e risolti al di fuori della giustizia penale, tramite modalità informali»². Si tratta in altre parole di alternative, non alla pena, bensì al processo.

Lesigenza, percepita a partire dagli anni ’70, di percorsi appunto *diversi* da quello tradizionale ha condotto in numerosi ordinamenti alla creazione di discipline normative *ad hoc*, nella convinzione di potere perseguire altrettanto e anzi più efficacemente gli scopi generali del sistema penale³, raggiungendo allo stesso tempo anche importanti obiettivi ulteriori.

Tra questi, una sentita necessità di umanizzazione della giustizia ha suggerito l’ampliamento delle forme di reazione penale, facendo sì che «l’intervento penale in generale retroceda un poco dal suo principio repressivo e tendenzialmente “distruittivo”, del “colpo e contraccolpo”, a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale»⁴. Si è potuto così parlare di «pluralismo giudiziario statale»⁵.

Tutto ciò avveniva contemporaneamente alla diffusione del paradigma della giustizia riparativa (o “*restorative justice*”⁶), che sperimentava l’importanza della partecipazione attiva del reo a momenti di riparazione del danno e a processi di ricostruzione della relazione con la vittima. Alla persona offesa dal reato, che il processo classico aveva sempre lasciato per lo più ai margini della vicenda, veniva in questo modo per la prima volta riservato un ruolo centrale, anzitutto di ascolto e comprensione rispetto al male subito, e di rielaborazione dello stesso in seconda battuta. Simile prospettiva ben si conciliava con la predisposizione di modalità informali di risposta al reato, e costituì un punto di incontro fecondo fra i due movimenti di riforma della giustizia, nonché un incentivo per lo sviluppo di esperienze di diversione in numerosi ordinamenti.

Il più importante apporto scientifico a contribuire allo sviluppo della diversione fu tuttavia la teoria di stampo sociologico e criminologico del “*labeling approach*”⁷. Con questo termine si intese descrivere «la particolare interazione che, una volta verificatosi il primo fatto-reato (devianza primaria), si instaura fra l’individuo e le istituzioni», ossia «una forma di “etichettamento” che l’ordinamento predispose nei suoi confronti con l’imposizione di un processo pubblico»⁸. L’immagine che tramite un processo il reo acquisisce di se stesso sarebbe una causa importante di un suo successivo comportamento antiggiuridico, sulla base dell’assunto che «un soggetto etichettato come delinquente tende ad agire in conformità alle aspettative della condizione deviante»⁹.

Con la diversificazione delle risposte propriamente procedurali al reato si è voluto tendere alla realizzazione del principio dell’intervento penale quale *extrema ratio*. Solo indirettamente

¹ Di *diversion* si parlò a livello istituzionale la prima volta nella relazione finale presentata dalla *President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, istituita dal presidente americano Lyndon B. Johnson; cfr. PRESIDENT’S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967, 9. Il termine prendeva quindi piede nella discussione scientifica soprattutto con E. M. LEMERT, *Instead of Court. Diversion in juvenile justice*, Washington, 1971.

² M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich, Interdisziplinäre Tagung vom 27 bis 29 April 1994 in Innsbruck*, Schriftreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, 126; tutte le traduzioni sono a cura dell’autrice.

³ Cfr. per tutti M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 141, che esprime la convinzione per cui in determinati casi «*Strafverfahren und formelle Sanktionierung einer neuerlichen Deliktsbegehung [...] sogar eher fördern*», ovvero il procedimento e la sanzione formale piuttosto tenderebbero a incentivare la commissione di nuovi reati.

⁴ R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in *Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H. V. SCHROLL, Vienna, 1999, 32.

⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 20.

⁶ Viene definito riparativo ogni procedimento in cui «la vittima, il reo e/o altri soggetti o membri della comunità lesi da un reato partecipano attivamente insieme alla risoluzione della questione emersa dall’illecito, spesso con l’aiuto di un terzo equo e imparziale» in C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale, spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”, il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI - G. SPANGHER, Milano, 2002, 91; per un’ampia panoramica sul tema, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit.

⁷ Cfr. per tutti F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, 1951, 16 ss.

⁸ F. RUGGIERI, *Diversion, dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cassazione penale*, 1985, 538.

⁹ V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano, 2004, 68. Ancora più asciutta la tesi come espressa oltreoceano: «*The young delinquent becomes bad because he is defined as bad*», F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, cit., 17

si può dire che si ottengano anche obiettivi ulteriori, oggi più che mai fondamentali, quali l'economia processuale e la riduzione della popolazione carceraria: la diversione, infatti, è stata pensata e deve essere considerata «indipendentemente da logiche premiali per l'imputato od economiche per il sistema: si tratta piuttosto del riconoscimento dell'inutilità o della dannosità del rito penale come ingranaggio risolutore della vicenda che dovrebbe esserne oggetto, cui consegue la laica rinuncia a progredire»¹⁰.

Nonostante l'amplissima fortuna riscontrata dall'istituto a livello internazionale¹¹, è difficile ancora oggi fornire una definizione univoca di diversione. Le istanze che vi stanno alla base sono numerose e l'attuazione pratica che ne è stata data negli ordinamenti che l'hanno adottata varia non di poco. Ciò è dovuto innanzitutto alle differenze strutturali dei sistemi legali – si pensi ai sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law*, o ancora alla presenza o meno in un ordinamento dell'obbligatorietà dell'azione penale – ma non da ultimo ciò è dipeso anche dalle differenti sensibilità culturali in materia di reazione al reato. Tuttavia, fin dai primi anni dalla nascita del concetto di diversione, si è percepita l'esigenza di creare un terreno comune utile alla discussione e al confronto a livello sovrastatale, e a questo scopo è stato dedicato il XIII Congresso Internazionale di Diritto penale, nel 1984. Particolarmente importante risulta tutt'oggi il documento preparatorio ai lavori, che tenta di dare una prima definizione unitaria di diversione. Essa consisterebbe in «*any deviation from the ordinary criminal process, before an adjudication of guilt by a court, which results in the suspect's participation in some form of non-penal program*»¹². Si possono ricavare i primi elementi utili: la deviazione dal processo penale deve avvenire prima dell'emissione di un provvedimento che accerta la responsabilità; la deviazione deve consistere nella partecipazione ad un programma non penale. Si specifica, immediatamente dopo, che per programma non penale bisogna intendere qualsiasi forma di intervento che non abbia lo scopo di punire ma di riabilitare e di risolvere il conflitto sottostante al reato commesso. All'espresso scopo di evitare ogni equivoco, il documento elenca poi tutta una serie di tipologie di istituti che non possono essere considerati "diversione": non è diversione una misura sanzionatoria alternativa alla detenzione in carcere; non lo è la comminazione di una misura, pur non sanzionatoria in senso stretto, successiva ad una sentenza; non lo è neanche l'eliminazione di specifiche fattispecie di reato o la corrispondente trasformazione in illeciti di natura amministrativa.

La discussione era agli inizi, ma si percepiva l'esigenza di delimitarne i contorni per fare chiarezza sul nuovo istituto. Tuttavia lo sforzo teso ad individuare gli elementi imprescindibili della diversione, quelli in assenza dei quali un istituto giuridico non può essere definito tale, non ha avuto seguito diffuso. Singoli ordinamenti hanno proceduto nella costruzione di alternative al processo adattandole alle proprie realtà nazionali e calandole sui propri sistemi processuali, ottenendo risultati differenti. Si ammette quindi pacificamente che una definizione univoca di diversione non c'è¹³. Se manca tuttavia una definizione universalmente condivisa, è possibile ricavare alcuni elementi fondamentali dalle discipline dei Paesi che più compiutamente hanno sviluppato simile prospettiva, chiarendo come criterio ultimo di aderenza alla categoria altro non potrà essere in generale se non la coerenza con le finalità che la diversione stessa si ripropone di perseguire e di cui si è tentato di dare un primo quadro in questo paragrafo.

2.

L'esempio della diversione in Austria.

Particolarmente significativo è l'esempio dell'ordinamento austriaco. L'Austria infatti, a partire dagli anni '80 con i minori, e dal decennio successivo con gli adulti, ha fra i primi intrapreso e seguito tale strada. Si pensi che nel 2011, di tutti i casi astrattamente meritevoli di condanna, ovvero quelli che si sarebbero conclusi in maniera sfavorevole all'imputato se

¹⁰ C. CESARI, *Le clause di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 67.

¹¹ Questo malgrado negli Stati Uniti a un grandissimo entusiasmo iniziale sia seguito un sostanziale abbandono delle politiche di *diversion*, non in ultimo legato all'improvviso venir meno dei finanziamenti previsti, cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, in *Kriminologische Forschung in der Diskussion. Berichte, Standpunkte, Analysen*, a cura di H. KURY, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, 321.

¹² R. HIRANO - L. KOS - RABCEWICZ - ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 84.

¹³ M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 123.

non vi fosse stata la possibilità di accedere al procedimento alternativo, più della metà sono stati definiti anticipatamente. Si tratta più precisamente, sul totale dei procedimenti portati a termine, del 16,9% di casi di diversione, contro il 15% di condanne¹⁴.

L'Austria ha adottato una disciplina, integrata a pieno titolo nel codice di procedura penale¹⁵, secondo la quale il pubblico ministero ha l'obbligo di proporre all'indagato la deviazione dal processo ogniqualvolta sussistano le seguenti condizioni: la competenza deve essere del giudice monocratico¹⁶; deve risultare una sufficiente chiarezza sulla modalità di svolgimento dei fatti; dal reato non deve essere derivata la morte di alcuno; deve essere verificata l'assenza di altre cause di archiviazione che porterebbero all'immediata chiusura del procedimento¹⁷; non devono evidenziarsi profili di colpevolezza grave¹⁸; l'organo giudiziario deve in ultimo ritenere la diversione utile ai fini delle esigenze preventive, tanto generali quanto speciali.

Presenti tali condizioni, il pubblico ministero è tenuto a rinunciare temporaneamente a perseguire il reato, proponendo un percorso alternativo che, se accettato dall'indagato e portato a termine con successo, conduce alla definitiva rinuncia all'azione penale, e quindi all'archiviazione del caso. Il relativo provvedimento di archiviazione è dotato di una stabilità e definitività tali da mettere l'indagato al riparo dalla riapertura del processo, salvo per i casi nei quali è prevista la revisione delle sentenze (*"ordentliche Wiederaufnahme"*, §§ 205 comma 1 e 352 StPO). Inoltre esso non risulta da alcun registro accessibile al pubblico, al fine di evitare qualsiasi effetto stigmatizzante, e non è preclusivo di un'ulteriore diversione in futuro, ferma la necessità di una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria in ordine alla sua efficacia special e generalpreventiva.

Qualora l'azione penale sia stata già esercitata, anche il giudice è tenuto a proporre una diversione, se ritiene che ne ricorrano le condizioni, e a tal fine sospende il processo. Ciò può accadere sia per una diversa valutazione sui presupposti richiesti dalla legge (si pensi ad esempio al soddisfacimento delle esigenze preventive) rispetto a quella effettuata dal pubblico ministero, sia per la sopravvenienza di nuovi elementi.

Sono quattro le forme di diversione previste dalla legge fra le quali l'organo giudiziario deve individuare la più adatta al caso concreto, ciascuna con finalità e strumenti differenti: il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato, il cui ammontare viene definito sulla base di criteri predeterminati e che deve affiancarsi, salvo eccezioni particolari, alla riparazione del danno derivante dal reato¹⁹; le prestazioni gratuite in favore della collettività, regolate da un'apposita disciplina estremamente dettagliata (ore di lavoro, istituzioni ed enti idonei, esigenze personali da tenere in considerazione), anch'esse accompagnate dall'obbligo di riparare il danno²⁰; la messa alla prova, con la conseguente sospensione del procedimento e l'impegno a non incorrere in nuovi reati oltre che a riparare quello commesso, ma anche, salvo che per ragioni particolari vi si possa rinunciare, la disponibilità ad assolvere obblighi ulteriori stabiliti

¹⁴ Cfr. *Sicherheitsbericht 2011, Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtswissenschaften, Bericht der Bundesregierung über die innere Sicherheit in Österreich* – Bundesministerium für Justiz.

¹⁵ Cfr. Titolo XI della *Strafprozessordnung* (StPO), §§ 198-209, intitolato *"Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)"*.

¹⁶ Vi rientrano i reati puniti con massimo cinque anni di carcere, salvo alcune eccezioni.

¹⁷ Tra queste, anche quella per particolare tenuità del fatto.

¹⁸ Cfr. per tutti H. SCHÜTZ, *Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H. V. SCHROLL, Wien, 1999, 21; rientrerebbero nel concetto di colpevolezza il grado di intenzionalità (*"Gesinnungsunwert"*) e la gravità del fatto in sé (*"Handlungsunwert"*), mentre si discute sulla gravità delle conseguenze causate (*"Erfolgsunwert"*), vista l'alta incidenza che possono avere su queste ultime elementi casuali, indipendenti dalla volontà e dalla condotta del reo.

¹⁹ Questo tipo di diversione si ritiene adatto ai reati che mancano della vittima, o in cui questa non sia individuabile in una persona fisica con cui si possa facilmente instaurare un contatto personale, o ancora in quei casi in cui il contatto personale, pur possibile, non sarebbe significativo per la ricostruzione di una relazione. Essa viene utilizzata, ad esempio, in caso di piccoli furti nei centri commerciali, tentativi minori di frode assicurativa, lesioni corporali colpose, errori non gravi in ambito medico. È riconosciuta la potenziale efficacia della misura nei confronti di soggetti incensurati, dal momento in cui *«der Signalcharakter und die Spürbarkeit einer solche Geldbuße [...] ausreicht, um künftiger Delinquenz vorzubeugen* (il carattere ammonitivo e la tangibilità di tale ammenda è sufficiente a prevenire un comportamento delinquenziale futuro)», H. V. SCHROLL, *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, §§ 198-203*, in *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, a cura di H. FUCHS - E. RATZ, Wien, 2011, § 42, Rz 51.

²⁰ Esempi di istituzioni coinvolte sono le case di riposo per anziani, gli ospedali, i giardini pubblici. Visto il grado relativamente alto di incidenza nella vita personale del reo, tale misura si rivela adatta anche per reati di media gravità e in caso di recidiva: si pensa alle ipotesi di danneggiamento, vandalismo, atti contro l'ambiente, piccoli furti.

caso per caso²¹; da ultimo il “*Tatausgleich*”, ossia la mediazione penale²², il cui obiettivo è quello di «elaborare una comune definizione e soluzione del problema» tra reo e vittima, raggiungendo una «visione univoca dell'accaduto e dei motivi che hanno spinto a commettere il reato»²³.

La forma di diversione ritenuta idonea viene comunque solo *proposta*; non si hanno infatti mai imposizioni o obblighi, e l'indagato, coadiuvato necessariamente dal suo difensore, valuta se accettare la diversione oppure affrontare il procedimento penale. Il consenso in ogni caso non può essere considerato alla stregua di un'ammissione di colpa²⁴ e la presunzione di non colpevolezza resta intatta, essendo questo uno degli scopi della diversione²⁵. Se anche la dottrina austriaca non nega nel concreto una certa tensione fra la disciplina della diversione e il detto principio, essa però è considerata sopportabile se rapportata ai vantaggi che la diversione stessa garantisce, data la consensualità che caratterizza l'istituto²⁶. Secondo alcuni, in particolare, con la diversione non sarebbe il reo a rinunciare alla presunzione della propria innocenza, ma lo Stato a rinunciare al venir meno della stessa²⁷.

A conferma di ciò e di come con la diversione non si affronti formalmente il merito della vicenda, anche in caso di adesione alla proposta dell'organo giudiziario è possibile al soggetto interessato richiedere in ogni momento di tornare in sede processuale, interrompendo così il percorso alternativo. Occorre quindi che il consenso, oltre che essere informato e consapevole, sia anche continuativo e permanga nel tempo fino all'eventuale archiviazione conclusiva della vicenda.

Il rientro nei binari ordinari è poi previsto anche ogniqualvolta il tentativo di risoluzione informale, per qualsiasi ragione, fallisca. Si tratta ad esempio dei casi nei quali non viene pagata la somma di denaro, o la messa alla prova non dà buon esito, non vengono portate a termine le prestazioni in favore della collettività o infine quando fallisce la mediazione penale per ragioni imputabili all'indagato.

Se invece quest'ultimo porta a termine nei tempi concordati gli impegni assunti, l'organo giudiziario ha l'obbligo di “rinunciare” o “recedere” dall'azione penale (il codice austriaco parla di “*Rücktritt von der Verfolgung*”). L'esito processuale è l'archiviazione. Il risultato per il reo è quello di aver evitato una condanna formale, con gli effetti negativi che ne sarebbero derivati, pur avendo risposto alla collettività dell'offesa arrecata tramite un percorso costruttivo, personalizzato e responsabilizzante, al quale ha aderito volontariamente.

3.

Figure assimilabili alla diversione nell'ordinamento italiano.

Interessa ora chiedersi se anche il nostro ordinamento presenti degli istituti riconducibili alla categoria della *diversion*. La questione non ha risposta semplice, a causa della mancanza di linee guida riconosciute che forniscano contorni chiari e contenuti essenziali della stessa. Si può tuttavia prendere a modello l'esperienza austriaca per effettuare un primo confronto e verificare la vicinanza di alcune fattispecie italiane a quanto è disciplinato olttralpe, e in generale l'aderenza agli scopi che i fautori della diversione intendono perseguire.

²¹ Esempi di tali prescrizioni sono l'obbligo di abitazione in una certa località, famiglia o comunità, il divieto di frequentare determinati luoghi o persone, l'astinenza da bevande alcoliche, l'assolvimento di un corso di formazione o l'esercizio di una determinata professione, nonché trattamenti medici, psichici o di disintossicazione.

²² Per una panoramica sulla mediazione penale in Austria cfr. M. LÖSCHNIG - GSPANDL, *Der außergerichtliche Tatausgleich in allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H. V. SCHROLL, Wien, 1999, 86.

²³ B. TRUMMER - KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998, 158.

²⁴ «Il consenso si riferisce alla probabile verità storica nella stessa forma ipotetica tipica del sospetto sulla cui base verrebbe esercitata l'azione penale. Il fatto non è però oggetto di un accertamento autoritativo. [...] Soprattutto l'accettazione da parte della persona interessata alla misura di diversione non deve essere valutata come ammissione di colpa», F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in *Festschrift für Udo Jassonek*, a cura di R. MOOS, Wien, 2002, 336; cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

²⁵ Per qualcuno addirittura sarebbe lo scopo principe, cfr. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., 335.

²⁶ «Se anche la questione della colpevolezza resta formalmente aperta, materialmente essa è data per risolta. Temo che su questo fatto piuttosto problematico rispetto alla presunzione di non colpevolezza non si possa girare attorno. [...] È tuttavia sopportabile se accompagnato da un consenso dell'interessato debitamente informato», M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 151; cfr. anche R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

²⁷ Cfr. F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außergerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, a cura di P. G. MAYR, Wien, 1999, 140.

Il primo riferimento è alla recentissima disciplina della messa alla prova per adulti, istituto il cui *iter* legislativo, piuttosto travagliato, si è concluso con la legge n. 67 del 2014. Ma prima ancora si deve dare conto di istituti della giustizia minorile e della giurisdizione di pace che sono stati già definiti come ipotesi di “*diversion*” italiana²⁸.

Si pensi in particolare, da un lato, agli istituti dell'irrelevanza del fatto, della messa alla prova e della mediazione preprocessuale (i primi previsti dagli artt. 27 e 28, l'ultima ricavata dal combinato disposto degli artt. 9, 29 e 27, del d.p.r. 488/1988), per quanto riguarda il rito minorile. Dall'altro lato, circa la disciplina applicabile dal giudice di pace, sono da menzionare la mediazione a fini conciliativi, la particolare tenuità del fatto e infine le condotte riparatorie (artt. 29, 34 e 35 d.lgs. 274/2000).

Se da un lato è innegabile che con queste norme si è voluto soddisfare istanze in buona parte coincidenti con le finalità tipiche delle alternative al processo – rapida fuoriuscita dal canale giudiziario, minima offensività del procedimento, tutela di una persona il cui carattere è ancora in via di formazione nel caso del minore, responsabilizzazione delle persone coinvolte per mezzo di una loro partecipazione attiva alla definizione del caso – è tuttavia legittimo chiedersi se tali discipline integrino pienamente delle «tecniche di diversione»²⁹, come parte della dottrina sembra ritenere.

Non ci si può infatti esimere dal rilevare come, ad esempio, nel caso dell'art. 29 comma 4 d.lgs. 274/2000, conciliazione e mediazione siano solo strumenti, oltretutto eventuali e non necessari, per addivenire alla remissione della querela, che può benissimo ottenersi a prescindere da queste. Ciò evidenzia come tali tecniche riconciliative non abbiano in questa sede acquisito alcun valore processuale proprio, non avendo finalità autonoma, ma siano esclusivamente asservite ad un momento processuale ulteriore e indipendente, per l'appunto la remissione della querela. A ciò si aggiungono le differenze strutturali che contraddistinguono tecniche conciliative, da un lato, e mediative dall'altro, queste ultime più vicine alle esperienze della giustizia riparativa, e che sembrano qui invece poste sullo stesso piano³⁰. In generale da tale norma si ricava l'impressione che si vogliano perseguire finalità prevalentemente deflative, e non quelle istanze di risocializzazione e contenimento della stigmatizzazione che dovrebbero caratterizzare in prima istanza ogni forma di diversione.

Qualche riflessione merita anche l'articolo 34 d.lgs. 274/2000, che prevede l'esclusione della procedibilità per fatti di particolare tenuità. La lontananza di tale istituto da quelli che prevedono alternative al processo penale è più evidente. Si tratta bensì di un «vaglio sul piano “preventivo” circa la necessità o meno di procedere ulteriormente»³¹, ma basato sull'irrelevanza del fatto in quanto tale. Un istituto di diritto sostanziale che si riverbera sulla disciplina processuale, in un «fenomeno di “interferenza” tra il diritto penale e le dinamiche di realizzazione delle sue pretese all'interno del processo»³², e con il quale si valuta se un determinato fatto, per come si è storicamente svolto considerando gli elementi citati dalla norma (danno o pericolo, occasionalità, grado della colpevolezza), richieda o meno una pena e *quindi* l'esercizio dell'azione penale con la conseguente celebrazione del processo.

Differentemente, con la diversione non viene effettuata una valutazione di irrilevanza del fatto, tant'è che quest'ultima in Austria è disciplinata separatamente, costituendo condizione per accedere alla diversione, tra le altre, proprio l'impossibilità di archiviare il caso per irrilevanza³³. Al contrario si ritiene di dover e poter perseguire gli scopi del diritto penale (prevenzione generale, prevenzione speciale, interessi della vittima) con maggior successo tramite una risposta statale diversa da quella classica, ma effettiva³⁴. Con l'irrelevanza invece non si ritiene

²⁸ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 318; E. MATTEVI, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in AA.VV., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2010, 57; V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. ZAPPALÀ, Torino, 2009, 141; C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 2009, 343.

²⁹ V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 141.

³⁰ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 306 s.: «l'accordo delle parti che si raggiunge in mediazione non ha le caratteristiche del “compromesso” [...] che si fonda necessariamente sullo squilibrio delle posizioni di partenza, bensì quello di un patto basato sulla progressiva ricostruzione di una relazione tra le parti», mentre si denota come «il rilievo dato alla mediazione si inserisca più che altro nelle logiche della giustizia negoziata».

³¹ G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34 – Esclusione di procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Legislazione penale*, 2001, 204.

³² G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34*, cit., 201.

³³ Cfr. § 198 StPO.

³⁴ Per tutti cfr. M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, cit., 141 ss.

in assoluto di dover perseguire gli scopi del diritto penale, ritenendo superflua la risposta dello Stato³⁵.

In ultimo, la disciplina del giudice di pace prevede l'estinzione del reato per avvenute condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. 274/2000). Di nuovo la domanda se ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di diversione. Sicuramente emerge la volontà di realizzare il principio della repressione penale quale ultima *ratio*, evitando un processo ritenuto, a posteriori, superfluo. Tuttavia non si può fare a meno di notare come il processo sia ritenuto sì superfluo, ma esclusivamente per un'*autonoma* azione di segno contrario rispetto al reato, compiuta ad iniziativa del reo, che in qualche modo annulla il disvalore causato. Gli atti riparativi vengono portati a termine fuori del processo e in maniera del tutto indipendente dallo stesso, tant'è che la riparazione dovrà essere poi, secondo la norma stessa, "dimostrata" in giudizio. Non siamo quindi nel campo di una procedura alternativa, attivata e seguita dagli organi statali, oppure, riprendendo la definizione del 1983³⁶, di un "programma non penale" il cui successo decreta quale esito naturale la fine anticipata del procedimento. Non è un caso che, nella disciplina austriaca, la riparazione materiale del reato sia sempre solo *uno* degli elementi richiesti in ciascuna delle quattro forme di diversione. Un elemento necessario, ma non sufficiente, proprio perché mancherebbe altrimenti il carattere di percorso alternativo al processo cui si sottopone il reo.

Nella disciplina del giudice di pace, invece, l'intento della legge sembra essere quello di evitare il processo laddove all'offesa sia stato posto rimedio e verosimilmente lo stesso non venga più percepito come socialmente necessario, senza però sostituirlo con alcunché.

Vi sono altri indici che denoterebbero una certa distanza tra i due istituti. Innanzitutto la natura esclusivamente monetaria della riparazione *ex* art. 35. Si parla infatti di restituzioni o risarcimento, proponendo così la classica distinzione fra risarcimento in forma specifica o per equivalente. Per quanto riguarda l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, può trattarsi di prestazioni non monetizzabili, ma sono comunque rivolte all'aspetto materiale di una vicenda³⁷. Ci si può chiedere allora se sia appropriato il termine "riparazione", quando in realtà sembra che si voglia indicare un semplice risarcimento³⁸. L'impressione che se ne ricava è che la norma analizzata preveda di fatto un'estinzione del reato per avvenuto risarcimento del danno, risarcimento che, forte del suo essere un fatto facilmente e obiettivamente verificabile, annulla l'effetto negativo del reato e può far venir meno, dal punto di vista statale, la necessità di un processo. Se ne trova conferma in alcune pronunce giurisprudenziali, secondo le quali sarebbe sufficiente che le pretese vengano soddisfatte da persone terze rispetto all'imputato, purché siano state provocate, sollecitate e non ostacolate da quest'ultimo³⁹. Non importa chi "ripari" (o meglio, risarcisca), purché qualcuno lo faccia. Inutile dire che la logica della *restorative justice* pretenderebbe tutt'altro, quanto meno uno sforzo del reo, un suo impegno personale e costruttivo, che dia la misura di quanto causato e faccia prendere coscienza del male inferito⁴⁰.

In più qui permane in ogni caso «il rischio di una condanna, nonostante la riparazione del

³⁵ Il ragionamento è valido anche in merito alla nuovissima normativa sull'estinzione del reato in caso di particolare tenuità del fatto, *ex* art. 131 *bis* c.p., che ha esteso al procedimento ordinario, seppure con una disciplina parzialmente differente, l'istituto *de qua*. Sulla non meritevolezza in concreto della pena come fondamento della nuova ipotesi di estinzione del reato, cfr. per tutti R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661.

³⁶ R. HIRANO - L. KOS - RABCEWICZ - ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., 84.

³⁷ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Commento all'art. 35 - Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Legislazione penale*, 2001, 205.

³⁸ Sulla differenza, enorme, che intercorre fra le due possibili forme di reazione al reato, cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto, prospettive interdisciplinari, Quaderni Dipartimento di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza*, n. 2/2010, Tricase, 152, che ci ricorda come «la sofferenza generata dall'illecito viene non di rado a calarsi grandemente dentro [...] risvolti» che sembrano «apparentemente dei 'dettagli' per chi non c'era, per chi non è direttamente interessato e toccato», il cui ascolto rende possibile una forma di riparazione. Mette in guardia da una monetizzazione del dolore, A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, 718 s., là dove denota come «risarcire un pregiudizio morale e materiale significa pensare a degli equivalenti materiali e simbolici della sofferenza, cioè un modo di darle un valore, un prezzo e una qualità».

³⁹ Così Giud. pace penale, Bologna, 12 febbraio 2003, *inedita*, che riprende l'impostazione di Corte cost., 23 aprile 1998, in *Cassazione Penale*, 1998, 2297 ss., come citata da G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza e condotte riparatorie*, Milano, 2003, 142.

⁴⁰ Il «presupposto dell'operazione riparativa» consiste «nella "riflessione" sul reato e sulle conseguenze negative per l'autore stesso, condizione necessaria per l'ulteriore "riflessione" sulle possibili "azioni di riparazione"», altrimenti «la riparazione si riduce ad una finzione, ad un semplice gioco risarcitorio dove è essenziale rispettare non la vittima, ma le forme e i tempi "burocratici" fino alla chiusura della pratica», così G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa (2012-2013)*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2014, 6.

danno, perché il giudice di pace può ritenerla insufficiente»⁴¹, mentre la diversione dovrebbe costituire un procedimento definitivamente e necessariamente risolutorio della vicenda.

In generale nella disciplina del giudice di pace non sembra ancora dominante una visione del reato come conflitto interpersonale, di cui il fatto tipico è solo l'esternazione ultima, né un'attenzione alla persona, alla sua storia e alla sua riabilitazione, elementi che costituiscono invece i presupposti dell'idea di diversione. Non va tuttavia negato che la disciplina delle definizioni alternative del processo davanti al giudice di pace potrebbe costituire una importante via d'ingresso per tale istituto nel nostro ordinamento. La strada percorsa dall'Austria non è stata dissimile, visto che l'appiglio normativo della prima fase di sperimentazione era stato trovato nel § 42 StGB (oggi abrogato e sostituito da una normativa corrispondente in sede processuale al § 191 StPO). Esso disciplinava al primo e al secondo comma due ipotesi perfettamente speculari ai nostri articoli 34 e 35 d.lgs. 274/2000, a partire dalle quali è stato ipotizzato il primo innesto di *restorative justice* nel tessuto normativo e da cui poi è scaturita l'attuale disciplina compiuta della diversione.

3.1. Istituti di giustizia minorile.

Passando agli istituti previsti nel processo minorile, luogo naturale di sperimentazioni legislative, vista la peculiarità del rito derivante dalle esigenze specifiche che la personalità in via di formazione del soggetto chiede di considerare, valgono per l'irrelevanza del fatto *ex art. 27 d.p.r. 488/1988* le stesse considerazioni esposte per l'analoga disciplina del giudice di pace: fulcro dell'istituto è il fatto in sé, qualificato irrilevante agli occhi dell'ordinamento, fatto che viene valutato inidoneo a giustificare la prosecuzione del processo. A conferma di ciò, il consenso del minore è del tutto ininfluenza e, coerentemente, a quest'ultimo viene riservata la possibilità di impugnare la sentenza di improcedibilità. Tale circostanza secondo alcuni sottolineerebbe la natura sostanziale di «cripto-condanna»⁴² del provvedimento; occorre che il fatto, pur irrilevante, venga accertato e ritenuto ascrivibile all'indagato, in quanto «i parametri per valutare l'irrelevanza presuppongono risolta, a monte, la questione riguardante la responsabilità»⁴³. Ciò dovrebbe implicare fra l'altro la possibilità per il giudice di applicare l'art. 129 c.p.p., dando precedenza ad una formula di proscioglimento più favorevole⁴⁴.

Nella diversione invece, sorvolando sulle altre differenze di cui si è già detto, si evita volutamente di giungere all'accertamento formale della responsabilità, richiedendosi una sufficiente chiarezza sul fatto, integrata dal consenso del reo, con l'esplicita finalità di mantenere in vita la presunzione di innocenza.

Passando ad una seconda ipotesi di possibile «diversione» italiana (vi è chi la definisce «la forma più radicale di diversione fino ad oggi sperimentata dal nostro sistema»⁴⁵), lo stesso art. 27 d.p.r. 488/1988 è stato utilizzato, in combinazione con quanto disposto dall'art. 9 del medesimo testo normativo, quale strumento per anticipare la fine del processo. L'art. 9 comma 2, infatti, permette al pubblico ministero e al giudice di «assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità». Tale frase è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso di permettere la mediazione preprocessuale, da affidarsi agli appositi centri presenti in alcune città italiane⁴⁶. In caso di esito positivo degli incontri di mediazione, il reato viene dichiarato improcedibile per irrilevanza del fatto *ex art. 27*.

Sembrerebbe questa una vera procedura alternativa al processo. Tuttavia è stato rilevato

⁴¹ K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace, la prospettiva tedesca*, in AA.VV., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2010, 13.

⁴² C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 283.

⁴³ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. ZAPPALÀ, Torino, 2009, 150. Si tratta di una conclusione diversa da quella della Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 311 del 1997, parla, rispetto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, di valutazione semplicemente ipotetica.

⁴⁴ Cfr. A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 152.

⁴⁵ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 168.

⁴⁶ Per una panoramica sui centri di mediazione minorile presenti sul territorio italiano fino al 2012, cfr. AA.VV., *1° Rapporto nazionale sulla mediazione penale minorile*, a cura di I. MASTROPASQUA - N. BUCCELLATO, Roma, 2012.

come ciò avvenga forzando notevolmente il dettato normativo⁴⁷.

Innanzitutto la lettera dell'art. 9 d.p.r. 488/1988 non sembra includere la possibilità che i servizi sociali assumano ruoli attivi e quindi di gestione della mediazione penale. Al contrario, sarebbe loro riservato esclusivamente un mandato informativo in ordine, in particolare, alla valutazione della rilevanza sociale del fatto e al contesto di provenienza del reo; non sembrerebbero invece inclusi i rapporti individuali *post factum* risultanti da un'eventuale mediazione⁴⁸, né tantomeno si prevede un coinvolgimento in prima persona nella procedura mediativa stessa. Per quel che riguarda invece l'applicazione dell'art. 27, si deve ribadire che l'irrelevanza è necessariamente incentrata sul fatto, il quale deve essere osservato e valutato nella sua oggettività al momento della commissione, e non per come viene percepito prima e dopo una possibile riconciliazione delle parti. In altre parole il fatto deve «essere lievissimo in sé [...] mentre deve escludersi che tale possa diventare»⁴⁹.

L'allargamento del raggio d'azione degli artt. 9 e 27 d.p.r. 488/1988 oltre quello che la lettera della norma consente potrebbe ascrivere alla mancanza di strumenti specifici offerti dall'ordinamento in tutti i casi in cui la celebrazione del processo ordinario appare una reazione sproporzionata, ma allo stesso tempo non è riscontrabile una «tenuità» tale da poter applicare l'art. 27. Sembrerebbe quindi emergere un'implicita richiesta di istituti che soddisfino le esigenze del processo minorile permettendo la rapida fuoriuscita dal circuito penale già durante le indagini preliminari, ma basandola su un approccio responsabilizzante e costruttivo, quale appunto quello che una ipotesi di diversione sarebbe in grado di realizzare.

La messa alla prova, disciplinata all'art. 28 d.p.r. 488/1988, è infine l'ultimo degli istituti del processo minorile che prendiamo in considerazione. Sono evidenti gli aspetti che richiamano le caratteristiche tipiche di un intervento di diversione, oltre all'esito anticipato del procedimento: la presenza di un progetto personalizzato e la necessità di un comportamento positivo e partecipativo del reo innanzitutto.

Tuttavia anche in questo caso non possono essere taciuti alcuni fattori che incrinano una piena identificazione della messa alla prova minorile con la diversione.

Punto centrale è che stando alla lettera della norma, non viene richiesto il consenso della persona interessata. Si è ampiamente visto come la volontaria adesione al programma alternativo al processo sia un presupposto essenziale sia da un punto di vista prettamente legale, al fine di salvaguardare le garanzie processuali che non possono essere sottratte a nessuno, sia da un punto di vista criminologico: un percorso imposto non sarà mai responsabilizzante e rieducativo quanto uno scelto.

Conseguenza naturale della mancanza di consenso è l'impressione di trovarsi al cospetto di un'ingerenza dello Stato nella sfera delle libertà personali, quale è senza dubbio la messa alla prova⁵⁰, in presenza di una mera accusa formale. Tale sospetto può essere evitato solo se si presume un accertamento di colpevolezza, e difatti «requisito non previsto, ma che si ritiene debba costituire un presupposto necessario per disporre la sospensione del processo con messa alla prova, è l'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della colpevolezza dell'imputato»⁵¹. La stessa Corte costituzionale ha definito tale accertamento «presupposto logico essenziale» del provvedimento dispositivo della messa alla prova⁵². Resta però irrisolta la questione del contenuto di tale accertamento. Ci si chiede in particolare se si debba pretendere lo stesso approfondimento richiesto da una sentenza di condanna, quindi una convinzione «al di là di ogni ragionevole dubbio», o se sia sufficiente un accertamento sommario. Solo dando un ruolo autonomo e irrinunciabile al consenso del reo si potrebbe legittimamente fare a meno del contraddittorio⁵³ e quindi dell'accertamento pieno. Tuttavia la norma di consenso

⁴⁷ «Pratica che, pur sintomatica dell'esigenza di introdurre organicamente la mediazione penale nell'ordinamento minorile [...] determina una palese forzatura», secondo A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 158; «neppure il tenore dell'art. 9 [...] autorizza un'esegesi così audace», per C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 126.

⁴⁸ Cfr. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 126.

⁴⁹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 125.

⁵⁰ Si parla addirittura della «natura di misura penale attribuibile alla messa alla prova» in C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 347.

⁵¹ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 182; cfr. anche C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 347.

⁵² C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 972.

⁵³ Cfr. sul punto S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1993.

non parla, con la conseguenza che la soglia di accertamento «non può divergere da quella che è necessario integrare ai fini della condanna penale»⁵⁴. La stessa Corte costituzionale ha incidentalmente negato la necessità del consenso dell'imputato alla messa alla prova, dovendosi rimettere «al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minorenne all'esito della prova»⁵⁵. Buona parte della dottrina propone una lettura diversa della norma; qualcuno ricava la necessaria volontarietà dell'adesione al progetto, e quindi alla messa alla prova, dal termine "assumere", che compare, con riferimento agli impegni specifici del minore, all'art. 27 della successiva normativa di attuazione (d. lgs. 272 del 1989)⁵⁶. In generale si conviene quindi sulla necessità del consenso esplicito del minore alla messa alla prova⁵⁷, ma resta il fatto che tale elemento risulta del tutto assente nella normativa, rendendo problematico, senza forzature interpretative, vedere nell'art. 28 la disciplina di una forma compiuta di diversione.

3.2. *La messa alla prova per adulti.*

Differente potrebbe essere il discorso relativo alla messa alla prova per gli adulti, recentemente disciplinata con la legge n. 67 del 28 aprile 2014⁵⁸, e anche questa immediatamente inquadrata, già nella fase preparatoria, come una ipotesi di «*diversion*»⁵⁹. Qui infatti il consenso del reo viene esplicitamente richiesto ai fini della sospensione del processo⁶⁰. Eppure sembrano non mancare ancora una volta taluni profili problematici. Vi è chi si chiede se non si tratti semplicemente di una «cripto-condanna» preceduta da vere e proprie sanzioni penali sostitutive⁶¹. Il riferimento è allo svolgimento di lavoro di pubblica utilità, che la norma rende obbligatorio ai fini di un esito positivo della prova. Ci si potrebbe poi chiedere se la commistione di tali istituti – messa alla prova e lavoro di pubblica utilità – possa risultare, oltre che di non facile attuazione⁶², anche poco funzionale a rispondere ad esigenze tipiche della diversione, quale l'istanza di personalizzare e calare sul singolo caso la risposta statutale al reato. L'inserimento del lavoro di pubblica utilità obbligatorio sembra invece evidenziare un carattere latamente punitivo della misura, certamente distante dai paradigmi della *restorative justice*⁶³ e dallo spirito che dovrebbe caratterizzare una misura di diversione⁶⁴. L'impressione che si ricava, sotto questo punto di vista, da una prima lettura della norma, è che si sia voluto forzatamente dotare il sistema processualpenalistico di strumenti ormai diffusi in altri ordinamenti, ma dei quali vi è in Italia scarsa conoscenza ed esperienza concreta, con il rischio effettivo di confonderne profili di attuazione pratica e finalità.

Altro elemento che sembrerebbe distanziare il nuovo istituto dalla *ratio* propria di una forma di diversione è la prevista iscrizione al casellario giudiziale dell'ordinanza che dispone la messa alla prova (o meglio, che dispone la sospensione del procedimento ad essa preordinata). Una delle finalità principali della diversione è infatti quella di evitare qualsiasi effetto stigmatizzante e criminalizzante, e a tale scopo simili adempimenti formali vengono normalmente

⁵⁴ S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali*, cit., 1996.

⁵⁵ C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, cit., 978.

⁵⁶ Cfr. A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 185.

⁵⁷ Per tutti cfr. C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 356 ss.

⁵⁸ Per una panoramica generale e un primo commento sulla legge, cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Giugno 2014.

⁵⁹ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, 128.

⁶⁰ Sottolinea la natura consensuale dell'istituto in chiave di differenziazione dall'omonimo istituto minorile, G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen.*, 2015, 5.

⁶¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, 11: «l'ordinanza che dispone la messa alla prova dell'imputato assumerebbe [...] le fattezze della condanna a pena sostitutiva».

⁶² Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., 8, dove si critica il fatto che sia stato assegnato un «ruolo determinante a un istituto rivelatosi sin qui fallimentare sul piano operativo come la prestazione di lavoro di pubblica utilità».

⁶³ Si permetta per un'analisi più ampia sul punto il rimando a B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Aa. Vv. Verso un processo penale accelerato, riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. MARANDOLA, K. LA REGINA, R. APRATI, Napoli, 2015, 25 ss.

⁶⁴ E difatti la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere come finalità preminente dell'istituto quella deflattiva, cfr. per tutti F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1300. Che ciò peraltro costituisca un equivoco già messo in luce nella prassi dalla giurisprudenza è evidenziato in V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali ancora le criticità?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, 3 s.

evitati. La dottrina austriaca si è addirittura interrogata se già la sola iscrizione al registro delle diversioni, visibile esclusivamente dagli organi giudiziari e al solo fine di valutare con maggiore cognizione di causa la sensatezza di un eventuale nuovo intervento alternativo rispetto alle esigenze special-preventive, non costituisca una violazione della presunzione di innocenza⁶⁵.

Ancora, la norma richiede che, ai fini della sospensione del procedimento con messa alla prova, venga presentata una richiesta in tal senso da parte dell'indagato o dell'imputato. Se dunque in tal modo vengono dissipati i dubbi in ordine alla presenza del consenso esplicito del reo, ci si potrebbe tuttavia chiedere se l'attivazione del procedimento alternativo ad opera della parte privata, e non dell'organo pubblico, non sia foriera di calcoli utilitaristici in termini di convenienza processuale e sanzionatoria⁶⁶, ponendo in secondo piano le potenzialità rieducative e responsabilizzanti del rito⁶⁷. Non ci si dovrebbe d'altra parte stupire se l'utilità e le funzioni di una messa alla prova vengono valutate con criteri e aspettative differenti dall'indagato e dal giudice. Al primo interesserà un'analisi in termini di costi-benefici rispetto alla massima "impunità" possibile, al secondo dovrà interessare la ricerca di un percorso costruttivo e risocializzante. Non a caso nel modello austriaco è compito di un organo istituzionale, il pubblico ministero o il giudice, *proporre* la diversione quando venga ritenuta, in base ai presupposti di legge, idonea per il singolo caso. La discrezionalità (vincolata) dell'autorità giudiziaria viene poi controbilanciata dalla possibilità garantita all'indagato di impugnare la sentenza nel caso gli venisse indebitamente negato l'accesso al procedimento alternativo.

Se in generale si tratta di un istituto cui difficilmente potrà essere negata la qualifica di alternativa al processo⁶⁸, nonostante vi sia chi lo considera piuttosto un nuovo procedimento speciale accanto a quelli già conosciuti dal nostro codice⁶⁹, o un «sub-procedimento»⁷⁰, ancora il legislatore non ha voluto cogliere tutti gli elementi che caratterizzano una vera ipotesi di *diversion*, non avendo tenuto pienamente conto delle finalità ultime che questa si propone di perseguire.

4.

Considerazioni finali.

Resta da domandarsi a questo punto perché nel nostro Paese non sembra, almeno stando al confronto con la significativa esperienza austriaca, siano stati accolti in pienezza gli spunti derivanti da altri ordinamenti riguardo i molteplici modelli di alternative al processo a questa ispirati. È evidente il ritardo con cui il nostro Paese si sta muovendo rispetto a queste tematiche, al confronto con altri ordinamenti. L'eco della nascita della diversione ci era giunta fin dai primi sviluppi di tali esperienze⁷¹, ma la discussione in merito sembra aver immediatamente subito una battuta d'arresto, dal momento che tali istituti sono stati considerati come contrari all'art. 112 Cost., che sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale⁷².

Solo più recentemente è iniziata ad emergere una valutazione differente in ordine alla possibilità di integrare le alternative al processo con quel fondamentale principio. Se infatti esso nasce per tutelare l'indipendenza dei magistrati e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e, per le ragioni storiche che sono conosciute, è saldamente radicato nella tradizione giuridica italiana, è stato tuttavia osservato come nel corso degli anni si sarebbe registrata una «tendenza, non solo a difendere con i denti [...] il principio stesso [...] ma finanche a mitizzarlo come l'unico coerente con uno Stato di diritto», dimenticando che la rigidità con il quale esso è stato letto dagli interpreti «non trova corrispondenti in nessun'altra parte d'Europa e

⁶⁵ cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

⁶⁶ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., 11 ss.: «Per gli imputati che non rischiassero l'esecuzione della pena detentiva [...] soluzione [...] scarsamente allettante»; «incentivo rappresentato dalla circostanza che [...] non sarebbe, almeno formalmente, una sentenza di condanna»; «opportunità invitante per chi dovesse rischiare il carcere».

⁶⁷ Sugli scopi della messa alla prova per adulti, rispetto a quella per minori, cfr. M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova*, cit., 126.

⁶⁸ Si parla di «modulo di definizione alternativa della vicenda processuale» nella [Relazione nr. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione](#), a cura di R. PICCIRILLO, 4.

⁶⁹ Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti*, cit., 4.

⁷⁰ M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris*, 2014, 985.

⁷¹ Cfr. F. RUGGERI, *Diversion*, cit., 539.

⁷² Cfr. per tutti V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 52: «il principio di obbligatorietà dell'azione penale continua oggi a dominare l'orizzonte del processo penale italiano, lasciando così margini assai ridotti all'accoglimento nel sistema di meccanismi riconducibili all'area della *diversion*».

forse nel mondo». Un tale ragionamento dovrebbe portare a concludere che «nessun altro ordinamento si preoccupi dell'eguaglianza di fronte alla legge e alla giustizia penale», il che «pare francamente eccessivo»⁷³. Secondo altri «vi sarebbe spazio per un intervento legislativo che predeterminasse i requisiti e le condizioni per la pronuncia di un provvedimento archiviativo semplice o condizionato», in quanto «una tale previsione [...] non tradirebbe le implicazioni “di valore” sottese alla formula costituzionale»⁷⁴. Ancora, si inizia a parlare, seppure limitatamente al solo processo minorile, di «interpretazione finalisticamente orientata del concetto di superfluità del processo quale limite implicito al principio sancito dall'art. 112 Cost.»⁷⁵. Sempre con riguardo ai soli minori, in particolare con riferimento alla mediazione preprocessuale, si propone un'apertura verso una discrezionalità controllata del pubblico ministero che non violerebbe l'art. 112 Cost. là dove permettesse l'archiviazione del caso in seguito alla mediazione, purché questa sia compiutamente disciplinata e non si violi il principio d'uguaglianza⁷⁶.

Sembra dunque aprirsi lentamente una via per la conciliazione tra le ipotesi di diversione e l'art. 112 Cost. Essa si può ottenere evidentemente solo ponendo in primo piano i valori costituzionali difesi dalla norma in questione. Ciò significa costruire le alternative al processo in modo tale che restino garantiti tanto l'indipendenza della magistratura da eventuali pressioni esterne, quanto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁷⁷. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale si dovrebbe in quest'ottica considerare rispettato non tanto nel momento in cui ogni notizia di reato viene perseguita penalmente, come la lettera della Costituzione sembra suggerire, quanto tramite la tutela della *ratio* ad essa sottesa, che potrebbe essere ugualmente rispettata, a certe condizioni, anche laddove alcuni reati vengano perseguiti con modalità diverse da quelle classiche, in assenza di un'azione penale formale.

Tale percorso porterebbe a chiedersi che cosa integri la fattispecie “azione penale”, e se sia immaginabile una sua pluralità di forme. È stato infatti già evidenziato il rischio per cui «proposizioni del testo costituzionale che, mentre devono essere e sono [...] regole per la normativa ordinaria» siano invece «in qualche modo condizionate dalla medesima»⁷⁸. Si pone il dubbio cioè se si debba necessariamente intendere per azione penale solo quello che la legge ordinaria individua come tale, o se si possa al contrario individuare un più ampio spettro di ipotesi, coerenti con il dettato costituzionale, ugualmente riferibili alla categoria⁷⁹.

A conferma di ciò vi è già chi parla, nell'ambito della messa alla prova, di «*implicito* esercizio dell'azione penale»⁸⁰. Il passaggio risulta di grande interesse poiché giungerebbe alle stesse conclusioni cui è approdata la dottrina austriaca. Anch'essa si è dovuta confrontare con il principio di obbligatorietà dell'azione, che, pur non essendo costituzionalizzato, è profondamente radicato nel sistema. Oltralpe si ritiene che «il principio d'indisponibilità ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale, di fronte ad un procedere per diversione del pubblico ministero, restano intatti. In realtà il Titolo XI costituisce per il pubblico ministero proprio un obbligo legalmente coercibile a procedere non con l'azione penale bensì tramite la diversione, equiparabile all'esercizio dell'azione penale stessa»⁸¹.

Perché sia scongiurata la possibilità di trattamenti differenziati in situazioni analoghe, è quindi necessario – questa perlomeno è la soluzione austriaca – che il ricorso alla diversione sia previsto come obbligatorio in tutti i casi in cui ve ne siano i presupposti, e che siano a tale

⁷³ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, 411.

⁷⁴ M. G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Legislazione penale*, 2000, 120.

⁷⁵ V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori*, cit., 86.

⁷⁶ Cfr. F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998, 203-204.

⁷⁷ «Esigenze che [...] possono essere perseguite anche, e forse ancor più, là dove il principio non vige o quantomeno opera soltanto come regola non inderogabile e anzi ricca di eccezioni», questo secondo M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative*, cit., 412.

⁷⁸ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2662.

⁷⁹ Ragionamenti simili sono presenti, seppure rispetto al procedimento di archiviazione, in S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, 86: «L'area del costituzionalmente necessario sembra doversi ritagliare [...] attorno al nucleo essenziale della regola di obbligatorietà – inteso come vincolo di attivazione indefettibile in presenza dei presupposti tassativamente individuati dalla legge – nel perimetro del quale dovrà necessariamente iscriversi uno strumento che ne garantisca l'effettiva osservanza, i cui caratteri formali, però, paiono esulare dalla sfera di incidenza costituzionale».

⁸⁰ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova*, cit., 2012, 132.

⁸¹ H. V. SCHROLL, *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., Rz 10.

scopo preposti adeguati strumenti processuali volti al rimedio di eventuali errori o mancanze⁸².

In Austria, proprio per non lasciare alla discrezionalità del singolo magistrato l'accesso alle alternative al processo, è prevista un'apposita causa di nullità della sentenza per mancata applicazione delle norme in questione: se in presenza delle condizioni per proporre la diversione il processo viene proseguito normalmente e si chiude con una sentenza di condanna, l'imputato e il pubblico ministero possono presentare ricorso all'istanza superiore. In caso di accoglimento del ricorso la sentenza viene annullata e gli atti reinviati al tribunale competente, con la prescrizione di agire obbligatoriamente per via alternativa. Ecco che si è salvaguardato così l'eguale diritto di accedere alla diversione in capo ai cittadini.

Alla luce di quanto esposto, sembra quantomeno doveroso chiedersi se la conciliabilità dell'obbligatorietà dell'azione penale e degli altri principi dell'ordinamento con la costruzione di vere e proprie alternative al processo penale costituisca in realtà una strada ben percorribile. Si tratterebbe di porre in primo piano altri interessi costituzionalmente protetti e potenzialmente anche prevalenti⁸³, in un bilanciamento faticoso quanto necessario, se si vuole evitare il rischio, in nome del rispetto formalistico di un principio giuridico, di «sacrificare, in definitiva, più importanti esigenze di giustizia»⁸⁴. L'orizzonte finale cui tendere dovrebbe essere chiaro: creare una giustizia che sia «il più possibile attenta al protagonista e destinatario dei suoi interventi e di conseguenza il più possibile rispettosa della dignità, dei bisogni, dei sentimenti dell'essere umano», nella convinzione che «occorre urgentemente riscoprire che la giustizia e il diritto sono per l'uomo»⁸⁵.

⁸² Una tesi simile sembra sostenuta anche in F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 203 ss., laddove si invoca la previsione di una disciplina unitaria per le ipotesi di alternative al processo minorile che garantisca il rispetto del principio di uguaglianza, considerato «presupposto dell'obbligatorietà dell'azione penale».

⁸³ Cfr. M. G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 120.

⁸⁴ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2673.

⁸⁵ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in AA.VV., *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, a cura di L. PICOTTI - G. SPANGHER, Milano, 2005, 150.