



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali

CICLO XXIX

COORDINATORE Prof. Marco Greggi

La 'diversione' in ambito penale.

**Introduzione ad uno studio sulle condizioni di legittimità delle alternative al
processo.**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

Dottoranda

Dott.ssa [Benedetta Bertolini](#)

Tutore

Chiar.mo Prof. [Daniele Negri](#)

Anni 2014/2016

Indice

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

Capitolo I

Alternative al processo e diversione

1. La diversione: alcune premesse.....	5
1.1. Un'idea proveniente da oltreoceano.....	7
1.2. Radici storiche, criminologiche e giuridiche della diversione statunitense	9
1.3. Fioritura e declino dell'esperienza nordamericana.....	13
2. La diffusione a livello internazionale.....	16
3. Il problema definitorio.....	20
3.1. Qualche punto fermo.....	24
3.2. La differenziazione dalle ipotesi di tenuità o irrilevanza del fatto.....	26
3.3. La differenziazione dai procedimenti speciali.....	29
3.4. Un tentativo di definizione.....	34

Capitolo II

La diversione in Europa. Fonti sovranazionali e ordinamenti nazionali

1. La diversione nelle fonti delle Nazioni Unite.....	35
2. Piccola e grande Europa di fronte alle alternative al processo.....	40
2.1. Le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa.....	40
2.2. L'Unione Europea, in particolare la Direttiva 2012(29) UE.....	46
3. Esperienze di diversione negli ordinamenti nazionali.....	51
2.1. La Germania.....	52
2.2. L'Austria.....	58
4. E in Italia?.....	63
4.1. La giustizia minorile.....	65
4.2. La giurisdizione di 'pace'.....	70

Capitolo III

Fondamenta di un'ipotesi: il processo penale come necessità

1. Processo penale e potestà punitiva.	
1.1. Dalle finalità.....	75
1.2. ...alla necessità del processo penale.....	81
2. <i>Nulla poena</i>	89
3. <i>...e nulla culpa sine iudicio</i>	96

Capitolo IV

Prospettive d'incontro tra diversione e giustizia riparativa

1. Le condizioni di legittimità 'intrinseche' della diversione.....	102
1.1. Rinuncia alla natura punitiva della reazione all'illecito.....	104
1.2. Rinuncia all'accertamento di responsabilità.....	116
2. La proposta della giustizia riparativa.	
2.1. Origini e normativa sovranazionale.....	122
2.2. Il mezzo: percorsi riparativi in luogo della pena.....	128
2.3. Il fine: un orizzonte teleologico comune.....	135
3. La diversione come contenitore, la giustizia riparativa come contenuto.....	138
3.1. La diversione come causa di non procedibilità 'sopravveniente'.....	143

Capitolo V

Una conferma *a contrario*: la messa alla prova per adulti

1. Un'alternativa al processo nel codice di procedura penale.....	151
1.1. Le accuse di incostituzionalità.....	154
1.2. ...e la 'via d'uscita' della lettura in chiave riparativa.....	158
2. La disciplina: profili di ambiguità e distanza dal modello riparativo.	
2.1. I limiti d'accesso e il consenso dell'imputato.....	160
2.2. I criteri di decisione.....	165
2.3. La cognizione del giudice.....	168

3. Diversione che punisce e che condanna: il ‘perfetto’ esempio di alternativa al processo illegittima.	
3.1. Il lavoro di pubblica utilità, nocciolo afflittivo della prova.....	172
3.2. L’estinzione del reato come ‘cripto-condanna’.....	175
3.3. Il pericolo di una retribuzione efficientista mascherata da riparazione....	176

Capitolo VI

Per una legittimazione ‘estrinseca’ delle alternative al processo: il crocevia del consenso

1. La consensualità della diversione.	
1.1. Quale libertà nel consenso?	179
1.2. Il punto di vista processuale: il consenso <i>alla</i> diversione.....	185
1.3. Il punto di vista sostanziale: il consenso <i>nella</i> diversione.....	190
2. Il consenso ‘messo alla prova’ dai principi costituzionali sul processo.	
2.1. Le difficoltà di un sistema integrato.....	195
2.2. Il (falso) problema dell’obbligatorietà dell’azione penale.....	198
2.3. La salvaguardia della presunzione di non colpevolezza: consentire non è uguale a confessare.....	207
3. Accanto al ‘giusto’ processo, una ‘giusta’ diversione.	
3.1. Il ‘congelamento’ delle garanzie processuali e la loro possibile riattivazione	218
3.2. Qualche ipotesi di lavoro.....	221
3.3. La libertà del consenso come chiave.....	232
 Conclusioni	 235
 Bibliografia	 238

Introduzione

È davanti agli occhi di tutti la tendenza del legislatore a predisporre meccanismi processuali atti a contrarre quanto più possibile le scansioni del rito penale¹. Se ieri ciò si concretizzava in un'opzione a favore dei riti speciali in luogo del processo ordinario², accompagnati da un continuo incoraggiamento quanto alla loro effettiva applicazione nelle aule di tribunale³, oggi sembra esservi un mutamento di passo. Cogenti necessità di ordine materiale – l'impossibilità di smaltire gli insormontabili cumuli di fascicoli che giacciono nelle cancellerie, i costi altissimi imposti da processi a durata biblica da un lato, e al contempo la situazione di sovraffollamento, oscillante ma nel complesso irrisolta, che connota il sistema carcerario italiano dall'altro – hanno determinato conseguenze non più sottacibili sul piano della violazione di diritti fondamentali: diritto ad essere giudicati in tempi ragionevoli (art. 6, comma 1, C.e.d.u., art. 111, comma 2, Cost.), rispetto della libertà e della dignità, con il divieto di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti (art. 3 C.e.d.u., art. 13, comma 4 e art. 27, comma 3, Cost.). Tutto ciò non è sfuggito alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha stigmatizzato fortemente il funzionamento del sistema penale italiano per la sua incapacità di vegliare sulla salvaguardia di tali fondamentali principi⁴.

Da qui la spinta, più dettata dal timore di ingenti multe che da uno spirito di nuovo umanesimo, a cercare vie innovative per rispondere alla commissione di un reato, in grado di evitare il carcere nonché, questa la novità, lo stesso processo.

Sono stati così disciplinati istituti già conosciuti in altri ordinamenti e sperimentati nei sottosistemi processuali del rito minorile e del giudizio di competenza del giudice di pace.

¹ Emblematico in tal senso il titolo dell'opera collettanea, R. APRATI, K. LA REGINA, A. MARANDOLA (a cura di), *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Jovene, Napoli, 2015.

² Opzione che – come noto – avrebbe dovuto far sì che il dibattimento fosse celebrato soltanto in poche ipotesi residuali, numericamente inferiori sul totale dei processi penali, proiezione questa che si è ben presto rilevata illusoria, per tutti R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7° ed., Cedam, Padova, 2014, p. 745.

³ Si pensi, ad esempio, al tentativo di ridurre gli spazi di discrezionalità del pubblico ministero nella scelta sull'attivazione del rito immediato 'tipico'; esso è stato infatti reso, sussistendone le condizioni, obbligatorio con il d.l. n. 92/2008, che ha modificato la locuzione codicistica di cui all'art. 453, comma 1, c.p.p.: non più «il pubblico ministero può chiedere», ma «il pubblico ministero chiede».

⁴ Notissime le sentenze 'Sulejmanovic' e 'Torreggiani': Corte E.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Guida dir.*, 2009, n. 36, p. 90; Corte E.d.u., sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont. on line*, 9 gennaio 2013.

In particolare, la legge del 28 aprile del 2014, n. 67, ha introdotto nel rito penale ordinario l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, strumento che dà rilievo all'inoffensività in concreto dell'illecito impedendo che sia punito, ma, ancor prima, che sia celebrato un processo⁵. Sempre a seguito della sperimentazione nel rito minorile e sull'esempio di numerosi Paesi europei e non, la medesima legge ha disciplinato la sospensione del processo con messa alla prova per gli imputati adulti⁶. Con essa appare nel nostro codice di rito ordinario il primo riferimento alla mediazione penale (art. 464-*bis*, comma 4, lett. c, c.p.p.), cui fa seguito poco dopo la menzione che il codice ne fa tra gli avvertimenti da dare alla persona offesa all'art. 90-*bis* c.p.p., inserito in attuazione della Direttiva 29(2012)UE. L'ondata riformatrice non può dirsi esaurita, essendo in discussione al Senato, dopo l'approvazione da parte della Camera, il disegno di legge S. 2067, che tra le varie proposte include quella dell'estinzione del reato per avvenute condotte riparatorie a favore della persona offesa, ulteriore ipotesi di conclusione anticipata del procedimento in assenza di giudizio.

Emerge così con forza l'idea, non certo nuova in ambito sovranazionale, ma fino ad ora poco praticata nell'ordinamento italiano, secondo cui il processo penale non costituisce una risposta necessaria dello Stato a fronte della commissione di un fatto penalmente rilevante, potendosi reagire in maniera differenziata (come nel caso della messa alla prova e della mediazione penale), o addirittura non reagire affatto (come nelle ipotesi di irrilevanza o tenuità dell'offesa).

Questo implica l'apertura di scenari nuovi sul fronte del diritto processuale penale. Principi come l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza faticano a conciliarsi con simili prospettive. In particolare la sostituzione del processo penale con qualcosa di 'altro' che ne prenda il posto – la diversione – impone attente ponderazioni e un ragionamento più ordinato di quello che è stato possibile effettuare nella fretta di dover assicurare il Consiglio d'Europa. Occorre che le trasformazioni del tessuto processuale portate avanti dal legislatore nell'urgenza di rispondere a situazioni fattuali divenute intollerabili sia accompagnata da un'adeguata riflessione scientifica che non si limiti alla descrizione, sia pure in chiave critica, dei nuovi istituti singolarmente presi. Si rende necessario uno sguardo complessivo, una visione

⁵ Si specifica sin da ora, ma ci sarà modo di ribadirlo più approfonditamente (cap. I, § 3.3.), che si ritiene la tenuità del fatto un istituto radicalmente difforme da quelle che saranno individuate come alternative al processo penale. Cionondimeno anche esso è indicatore della strada intrapresa nel senso di una progressiva deprocessualizzazione ai fini della realizzazione del principio di *extrema ratio*, cui dovrebbe soggiacere il sistema penale tutto.

⁶ Artt. da 464-*bis* a 464-*novies*, c.p.p., e artt. 168-*bis* e 168-*ter* c.p.

d'insieme⁷, per verificare e, auspicabilmente, indirizzare la strada intrapresa dal legislatore, in particolare per mettere in guardia dal rischio che alla rinuncia alla cognizione equivalga la rinuncia alle garanzie nei confronti del singolo di fronte al potere statale⁸.

L'assunto da cui muove i primi passi il presente lavoro è che rinunciare al processo a favore di qualcosa di diverso, ciò che propone la diversione, sia in astratto possibile, ma a determinate condizioni. Quali siano tali condizioni è quanto ci si propone di far emergere e sviluppare nel presente lavoro. Si vogliono cioè individuare gli elementi e le circostanze che sole, a fronte di un fatto perseguibile penalmente, permettono di sostituire il giudizio con altre forme di reazione, in assenza delle quali al contrario la rinuncia al processo penale non costituisce una opzione percorribile.

Si ritiene infatti che le sole motivazioni 'pratiche', dettate da situazioni di "necessità materiale" – deflazione *in primis* – non siano sufficienti a giustificare l'abbandono della strada processuale, troppo alto essendo il rischio di una deriva utilitaristica il cui conto venga poi presentato al soggetto più debole, l'imputato⁹.

Il tentativo di questo studio è quello di porre le condizioni minime a che la rinuncia allo strumento del giudizio a favore di diverse modalità di gestione del fatto penalmente rilevante possa dirsi in linea con i principi che connotano il sistema processuale nell'orbita costituzionale e convenzionale.

Non si tratterà pertanto una proposta di politica criminale, ma solo si cercherà di delineare un modello passibile di essere declinato in forme diverse a seconda della traduzione in concreto che se ne può dare: una sorta di 'teoria' della diversione

⁷ «Almeno con riguardo alle problematiche più peculiarmente processualistiche, si è finora, per così dire, "navigato a vista", sulla scia di opzioni legislative non certo contrassegnate da una visione generale sempre coerente», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, p. 146.

⁸ «Il possibile congedo dalla forma processuale» che «s'intravede» è da guardare con sospetto se frutto di scelte securitarie e di stampo generalpreventivo le quali rendono il processo di deprocessualizzazione pericoloso se non giustificato dal venire meno di esigenze garantistiche, ma da finalità ultronee rispetto a quelle proprie del giudizio, cfr. D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010, p. 195.

⁹ Prendendo di nuovo in prestito le parole di D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 200, «può» infatti «destare inquietudine la corrente di pensiero che sottrae le attività degli organi giudiziari a valutazioni di conformità o contrarietà al diritto e le commisura piuttosto al criterio funzionale della idoneità ad ottenere il risultato perseguito», soprattutto se questo coincide con scopi del tutto eteronomi rispetto a quelli tipici della giustizia penale, come può essere l'obiettivo del pareggio di bilancio. La necessità di una oculata ponderazione tra esigenze di economia e garanzie fondamentali dell'imputato costituisce il filo conduttore del lavoro di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa ai modelli di efficienza del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

costituzionalmente orientata, sulla cui base poter immaginare 'giuste alternative' al giusto processo.

Capitolo I

Alternative al processo e diversione

1. *La diversione: alcune premesse.*

Forme di risoluzione dei conflitti diverse e alternative al processo penale esistono da sempre¹. Da sempre, cioè, in ogni struttura sociale, sono conosciuti e praticati strumenti più o meno articolati di gestione della conflittualità interpersonale tali da non coinvolgere gli ‘apparati’ della giustizia formale².

La *diversion* invece nasce in un momento preciso. Essa si differenzia dalla generalità delle esperienze sociali che evitano ogni contatto con il sistema giudiziale, in quanto, paradossalmente, pur costituendo un’alternativa al giudizio ha origine *in seno* al sistema giudiziale stesso. Da un certo momento in poi, infatti, la scienza criminalistica moderna, incardinata in ordinamenti che hanno affidato in via generale ed esclusiva allo Stato la gestione della sicurezza sociale e in particolare la risposta ai crimini, ha iniziato a riflettere seriamente sulla possibilità generalizzata di rinunciare a perseguire penalmente un reato, pur astrattamente meritevole di persecuzione, costruendo appositi percorsi differenziati di reazione all’illecito a seguito del primo contatto con la macchina della giustizia. In questo sono consistite le prime esperienze e le prime teorizzazioni della “*diversion*”, in questo la stessa si differenzia dalle altre pregresse e contemporanee esperienze di alternative al giudizio.

¹ Si pensi nella società ebraica al Ryb, che si proponeva come alternativa rispetto al Myspat, processo penale vero e proprio, su cui C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia*, Einaudi, Torino, 2003, pp. 31 s.; si pensi poi alle esperienze di numerose popolazioni dell’Africa, per le quali si v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 30 ss., che riporta diversi studi antropologici su forme di giustizia comunitarie caratterizzate dall’«informalità, la “quasi legalità”, la supplementarietà rispetto al processo penale». Anche nei Vangeli si trova traccia della possibilità di appianare le controversie fuori dalle aule di tribunale, cfr. Matteo, 18, 15-17, e soprattutto Matteo, 5, 25-26: «Fa’ presto amichevole accordo con il tuo avversario mentre sei ancora per via con lui, affinché il tuo avversario non ti consegni in mano al giudice e il giudice in mano alle guardie, e tu non venga messo in prigione. Io ti dico in verità che di là non uscirai, finché tu non abbia pagato l’ultimo centesimo».

² Anche nel nostro ordinamento comportamenti che costituiscono reato possono facilmente rimanere estranei alla sfera della giustizia statale: si pensi ai reati per i quali è necessaria la querela ai fini della procedibilità, quando questa non venga sporta, o ai reati che, pur procedibili d’ufficio, restano nel terreno del ‘sommerso’; in entrambi i casi è ben possibile che i conflitti vengano eventualmente gestiti e riassorbiti autonomamente all’interno del tessuto sociale, anche attraverso forme di intervento variamente strutturate (mediazione familiare, mediazione sociale, strumenti di prevenzione e di intervento ‘leggeri’ in ambito scolastico e non, quali le *Family Group Conferences*).

Parlare di *diversion*, allora, significa innanzitutto parlare di alternative al processo incardinate nel sistema processual-penalistico di un ordinamento moderno, segnato dalla gestione pubblica della criminalità e della repressione dei reati³. È questo il contesto in cui si muove il presente lavoro, il cui scopo è indagare la nascita e la fenomenologia, in un primo momento, la legittimazione giuridica, poi, di tali forme di alternative al giudizio.

Da un punto di vista prettamente terminologico, la scelta di riferirsi precipuamente alla “diversione”, e non solo alla più generica locuzione “alternative al processo”, è intenzionale. Essa potrebbe apparire eccentrica in un contesto come quello italiano, rimasto perlopiù ai margini del dibattito sul tema, al punto da non aver sentito, se non rarissimamente, l’esigenza di una pur scontata traduzione dall’inglese “*diversion*”⁴, e che sembrerebbe in questo modo aver rinunciato ad adottare a livello scientifico tale denominazione. Non mancano peraltro nella letteratura italiana i riferimenti alla diversione. Essi tuttavia non di rado tradiscono, per necessità, lo scarso approfondimento che a simili istituti è stato riservato nel dibattito italiano. Si nomina la *diversion* senza mai poterne dare una definizione precisa – impresa peraltro ardua, come si avrà modo di vedere – né potendone fornire se non scarni riferimenti bibliografici, posto il silenzio che, con poche eccezioni, ha attorniato l’argomento⁵. L’utilizzo talvolta anche improprio del termine, ma soprattutto l’importanza di condividere un lessico oramai trasversale che non possiamo ignorare, pena l’irrelevanza nel dibattito scientifico internazionale⁶, sono

³ Rientra senz’altro in tale categoria la disciplina della messa alla prova per adulti, recentemente immessa nel sistema processuale penale italiano e di cui si parlerà al cap. V. Anche altri istituti, afferenti ai sottosistemi della giustizia minorile e della giurisdizione di pace, sono contigui alla tematica in oggetto, come si vedrà al cap. II, § 4.

⁴ Il termine è infatti pressoché unicamente riportato nella sua versione inglese, cfr. F. RUGGIERI, *Diversion: dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 538; V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Atti del Convegno di Macerata, 4-5 luglio 2003, Giuffrè, Milano, 2004, p. 65; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 318; più di recente, E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1959; C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 176 ss.; rarissime sono invece le trasposizioni del termine in italiano, una di queste si trova in M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2014, pp. 93 s.; in un periodo più risalente, il termine è stato tradotto in ‘diversione’ nella sintesi del lavoro di R.M. CARTER, *The diversion of offenders*, in *Federal Probation*, dicembre 1972, p. 31, a opera di G. GIUNTA, *La “diversione” degli imputati colpevoli*, in *Rass. st. penit.*, 1976, p. 66.

⁵ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 318; E. MATTEVI, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 57; A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 141; C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 343.

⁶ E di fatto da subito emerge la marginalità del contributo italiano al dibattito internazionale, basti considerare che D. DÖLLING, *Diversion*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, 5. Band, Walter de Gruyter,

sembrati motivi sufficienti per affrontare la tematica della diversione in quanto tale, ricostruendone la storia, riportandone le prime esperienze significative e tentando di darne una definizione.

1.1. Un'idea proveniente da oltreoceano.

Il 23 luglio 1965 il presidente americano Lyndon B. Johnson istituiva, a seguito di una particolare ondata di violenza e un incremento di episodi criminosi che aveva attraversato il Paese, una commissione governativa, la *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, con il compito di analizzare l'aumento della devianza sul territorio e di immaginare possibili misure da adottare⁷. La *President's Commission*, prevalentemente costituita da giuristi e da uomini di governo, si avvale, secondo alcuni per la prima volta nella storia della politica criminale dell'occidente, dell'apporto di esperti sociologi e criminologi, ampliando così in un'ottica interdisciplinare il dibattito sulle più efficaci pratiche di prevenzione e reazione al crimine⁸. I risultati venivano pubblicati nel 1967, con la stesura di una relazione finale che presentava le risultanze cui la Commissione era pervenuta. È in questa sede che compare per la prima volta in un documento ufficiale il termine “*diversion*”. La sottocommissione che si era occupata di giustizia minorile, la *Task Force: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, proponeva come strada da percorrere per opporsi al problema della delinquenza giovanile una decisa riduzione dell'uso degli strumenti classici di risposta al reato, attraverso la costruzione di modalità ‘informali’ di reazione⁹. Nel far ciò, essa prendeva atto di pratiche già

Berlin/New York, 1998, p. 279, riferisce di qualsiasi sistema, Giappone e Corea del Sud compresi, ma sull'Italia non spende neanche una parola.

⁷ «I hope that 1965 will be regarded as the year when this country began in earnest a thorough, intelligent, and effective war against crime. The present wave of violence and the staggering property losses inflicted upon the Nation by crime must be arrested. The time has long since arrived for this Nation to discard obsolete and unworkable methods of detecting and apprehending criminals. We must come to grips with the problems of punishment versus rehabilitation, of protecting society from criminals while, at the same time, working to prevent the development of potential criminals», L.B. JOHNSON, 382 - *Statement by the President on Establishing the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, 26.7.1965, in J.T. WOOLLEY, G. PETERS, *The American Presidency Project*, www.presidency.ucsb.edu.

⁸ Per una analisi delle vicende storico-politiche, in particolare rispetto al rapporto tra giuristi, criminologi e potere, che hanno segnato la Commissione così istituita, una lettura interessante si trova in G.F. KIRCHOFF, *Diversionsprogramme in den USA – Diversion zwischen Entdeckung und vor Verurteilung im Juvenile Justice System*, in H. KURY, H. LERCHENMÜLLER (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, pp. 251 ss.

⁹ «The essence of the proposals is as follows: The formal sanctioning system and pronouncement of delinquency should be used only as a last resort. In place of the formal system, dispositional alternatives to adjudication must be developed for dealing with juveniles [...]. The range of conduct for which court intervention is authorized should be narrowed, with greater emphasis upon consensual and informal means», PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (ed.), *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967, p. 2. A esprimersi in

largamente utilizzate sul territorio statunitense le quali, a differenti livelli del sistema processuale e forti del principio di discrezionalità dell'azione penale che caratterizza l'ordinamento¹⁰, permettevano di chiudere un caso per vie alternative, piuttosto che portarlo avanti sino al giudizio finale¹¹. Tali pratiche, nell'opinione della Commissione, dovevano essere dunque così incoraggiate: «first, a great deal of juvenile misbehaviour should be dealt with through alternatives to adjudication, in accordance with an explicit policy to *divert* juvenile offenders away from formal adjudication and authoritative disposition and to nonjudicial institutions for guidance and other services»¹². L'idea di “deviare” il processo dal suo corso naturale verso luoghi e percorsi alternativi¹³ trovava così il suo primo riconoscimento pubblico, a livello peraltro assai prestigioso.

Il riconoscimento fu definitivamente esplicitato nella relazione conclusiva di una seconda commissione, la *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*, istituita nel 1971 dalla Law Enforcement Assistance Administration (LEAA) allo scopo di stabilire standard nazionali nell'amministrazione della giustizia penale e perseguire obiettivi di prevenzione e riduzione del crimine a livello statale e locale¹⁴. Un intero capitolo, '*Diversions from the Criminal Justice Process*', veniva dedicato allo studio e alle proposte relative a strumenti di tal tipo, stavolta non più con uno sguardo rivolto

termini di giustizia ‘formale’ contrapposta a forme di controllo sociale ‘informale’ è dunque per prima la letteratura statunitense, con ciò distinguendo il rito penale ordinario – cadenzato in sequenze rigidamente predeterminate, segnato da formule sempre uguali che risuonano in ambienti asettici e spersonalizzati – da interventi che si sviluppano al di fuori delle aule di giustizia, connotati da una maggiore semplicità (anche se non assenza radicale) di forme e al cui interno i rapporti tra le persone sono diretti, spesso confidenziali e in generale più liberi. La terminologia è parzialmente entrata nel lessico italiano, la usa ad esempio B. GALGANI, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, p. 206, con un riferimento al «valore di una giustizia “non formale”».

¹⁰ «All stages of law enforcement, for both juvenile and adults, are permeated with discretionary authority», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 10.

¹¹ «New modes were devised for handling juvenile delinquents [...]. Police “station adjustment”; planned *diversion* of alleged delinquents away from the court [...]; unofficial handling of delinquency cases in the juvenile court – all are examples of pre-judicial handling methods that have acquired recognized status in the system of juvenile justice», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 9, corsivo nostro. L'uso del termine compare nuovamente a p. 14. Sull'esistenza risalente di pratiche di questo tipo, cfr. G. BLAU, *Diversions unter nationalem und internationalem Aspekt*, in H. KURY (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in der Diskussion. Berichte, Standpunkte, Analysen*, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, p. 314.

¹² PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 16, corsivo nostro. Cfr. anche A. LINKE, *Diversionsstage in Nordrhein-Westfalen*, Lit Verlag, Berlin, 2011, p. 10 s., e W. HEINZ, *Diversions in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. Gesetzgeberische Zielvorstellungen, kriminologischen Grundlagen, Umsetzung in der Praxis, kriminalpolitische Folgerungen*, in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Diversions in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1992, p. 7.

¹³ E proprio di «alternatives to adjudication» parla anche il documento stesso, riferendosi sia agli strumenti di tal fatta ideati per i minori, sia per i corrispondenti strumenti per il mondo adulto, cfr. PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 9.

¹⁴ Cfr. NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS (ed.), *Corrections*, Washington D.C., 1973, p. V.

alla sola giustizia minorile, ma con vocazione generalista. È in questa sede che è ricavabile la prima definizione scritta della “diversione”: «As used in this chapter, the term “diversion” refers to formally acknowledged and organized efforts to utilize alternatives to initial or continued processing into the justice system. To qualify as diversion, such efforts must be undertaken prior to adjudication and after a legally proscribed action has occurred. In terms of process, diversion implies halting or suspending formal criminal or juvenile justice proceedings against a person who has violated a statute, in favour of processing through a noncriminal disposition or means»¹⁵.

Alla definizione si accompagnava poi una valutazione positiva degli strumenti in questione e un forte incoraggiamento a svilupparne i contenuti¹⁶, purchè incanalati in protocolli operativi di qualità¹⁷.

A seguito di tali nette prese di posizione, il governo degli Stati Uniti, tramite l’agenzia legata al ministero della giustizia LEAA, finanziò somme ingenti specificamente destinate all’implementazione di misure di diversione. Solo nel 1972 furono destinati a tale scopo 15,5 milioni di dollari¹⁸.

1.2. Radici storiche, criminologiche e giuridiche della diversione statunitense.

Non è un caso che l’idea di deviare il corso del processo, nata nella prassi e poi consacrata a livello istituzionale¹⁹, abbia trovato terreno fertile proprio nel contesto nordamericano. Il bisogno di costruire modalità informali di pacificazione a seguito della denuncia di un illecito nasce innanzitutto dall’enorme quantità di comportamenti, soprattutto in ambito minorile, legislativamente assurti a crimini. Basti pensare che attività quali assenze ingiustificate da scuola, fughe da casa o atteggiamenti di contrasto nella relazione con gli educatori, pur non qualificati come “*youth crimes*”, ovvero veri e propri reati giovanili, costituiscono tuttavia “*status offenses*”, sufficienti ad attivare il sistema della giustizia penale e giustificare misure, in linea teorica a contenuto educativo,

¹⁵ NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 73. Per un commento e i dovuti approfondimenti sulla delicata questione definitoria, cfr. *infra*.

¹⁶ Netta l’affermazione per cui «the present justice system is so bad that any alternative for diverting most offenders out of it, is better than any that will move the offender farther into it», senza tuttavia esimersi dall’avvertire che «diversion is an opportunity. It is not a solution», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., pp. 74 e 77.

¹⁷ Oggetto di proposte specifiche: *Standard 3.1 – Use of Diversion*, in NATIONAL ADVISORY Commission, *Corrections*, cit., p. 95.

¹⁸ D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 277; G. F. KIRCHOFF, *Diversionsprogramme in den USA*, cit., p. 263.

¹⁹ Pietra miliare della letteratura in tal senso è considerato il breve, ma notissimo scritto di E.M. LEMERT, *Instead of Court – Diversion in Juvenile Justice*, National Institute of Mental Health, 1971, da molti considerato il vero ideatore della diversione.

di fatto puramente punitive, non di rado anche di tipo carcerario²⁰. In un simile contesto normativo, un minore su nove (uno su sei nella sola popolazione maschile) si trovava ad entrare in contatto con il sistema penale prima del suo diciottesimo compleanno²¹. Da un lato ne scaturiva la chiara percezione di come una reazione di tipo sanzionatorio fosse il più delle volte del tutto sproporzionata rispetto all'entità dei fatti concreti²². Allo stesso tempo i tribunali si trovavano sommersi di denunce e segnalazioni, faticando a star dietro al carico di lavoro loro demandato²³.

Anche dal punto di vista processuale, per quanto riguardava il mondo minorile, la situazione era tale per cui ben più ragionevole appariva una soluzione extragiudiziale della vicenda delittuosa. Solo nel 1966 una decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti aveva peraltro riconosciuto l'estensione anche al processo minorile dei diritti e delle garanzie proprie del giusto processo, riservate sino a quel momento ai soli adulti²⁴.

Nel mondo della giustizia per adulti le cose non stavano poi tanto diversamente e il livello di controllo sociale risultava sempre intensamente pervasivo. La maggior parte dei fatti per i quali si invocava l'intervento dell'autorità pubblica consisteva in conflitti "di quotidianità", piccoli episodi di devianza commessi da parte di soggetti «deren abweichendes Verhalten selten ausreicht, in ihnen Kriminelle [...] zu sehen»²⁵. Basti pensare alla proibizione che vigeva in determinati Stati di assumere sostanze alcoliche in pubblico. A fronte di una vastissima categoria di persone che sulla base di tali leggi figurava come deviante, la risposta processuale e sanzionatoria vigente non incideva per nulla sulle cause sottese al comportamento criminale, mancando in particolare un sistema

²⁰ Cfr. A. LINKE, *Diversionsstage*, cit., p. 13, e G. BLAU, *Diversions unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 314.

²¹ PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 1.

²² Sensazione condivisa anche per quanto riguarda la giustizia degli adulti: «in many cases in which technically the law has been violated, application of full criminal process is too severe», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 10.

²³ «Official agencies are undermanned, under budgeted, and overloaded», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 10.

²⁴ Si tratta della sentenza '*in re Gault*', 15 Maggio 1967, divenuta centro di accesi dibattiti e contrastanti valutazioni, soprattutto per la distanza fra i principi ivi enunciati e la realtà dei tribunali minorili. Per un'ampia disamina del caso, *Appendix A – In re Gault*, in PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 57. La vicenda è altamente indicativa della concezione della giustizia minorile statunitense: si trattava infatti di un imputato quindicenne, reo di aver effettuato una telefonata dal contenuto impudico ad una signora, trattenuto in custodia cautelare più giorni e condannato a frequentare una scuola-riformatorio fino ai 21 anni. Su come tale sentenza abbia ancor di più mostrato l'assurdità di criminalizzare determinati comportamenti tipicamente giovanili, per i quali ora doveva essere celebrato un vero e proprio processo, e abbia così indirettamente incentivato lo sviluppo della diversione, G. BLAU, *Diversions unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 316.

²⁵ R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, 1999, p. 29, ovvero «il cui comportamento deviante solo raramente permette di vedere in loro dei criminali».

di doppio binario capace di affrontare i reati afferenti al tema delle dipendenze²⁶. Di qui la sentita esigenza di predisporre strumenti informali e alternativi in grado di dare risposte conformi a ragionevolezza e proporzionalità, adeguate rispetto alla reale offensività dei comportamenti tenuti e ai bisogni che vi erano sottesi. Anche nel mondo adulto, dunque, prima ancora di qualsiasi consacrazione a livello legislativo o istituzionale, «diversion has been used informally and unofficially at all stages of the criminal justice process», tanto ad opera della polizia quanto ad opera dei tribunali²⁷.

Lo sviluppo di alternative al procedimento che ne sviassero il corso naturale fu infine fortemente incentivato dalle risultanze di numerosi studi criminologici.

Le statistiche in tema di recidiva avevano reso evidente l'ineffettività della pena carceraria, rispetto alla quale qualsiasi misura alternativa, un programma di *probation* ma anche lo stesso rilascio su cauzione²⁸, risultava più efficace²⁹. Già all'epoca dunque emergeva chiaramente, e si tentava di affermare con forza anche a livello istituzionale, che «in spite of the vocal support given to rehabilitation and reintegration of the offender into community life, the fact remains that many prisoners, adult and juvenile, live under conditions more debilitating than rehabilitanting – conditions that encourage patterns of immorality, dependency, manipulation, irresponsability, and destructiveness»³⁰.

Allo stesso tempo però si delineava l'importanza, supportata dalle medesime ricerche in tema di recidiva, che una qualche risposta al reato venisse predisposta e soprattutto che risultasse temporalmente ravvicinata rispetto alla commissione del fatto-reato³¹. Si riconosceva poi la maggiore efficacia di una risposta altamente individualizzata, centrata sulle problematiche peculiari che potevano aver condotto alla commissione del reato, con una personalizzazione del trattamento che tuttavia difficilmente poteva essere garantita in un sistema altamente formalizzato e strutturato per comparti stagni³².

Contemporaneamente si andavano sviluppando degli studi sugli effetti specifici del processo e della condanna penale, a prescindere dunque dal momento sanzionatorio, sulla

²⁶ Cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 317.

²⁷ Cfr. NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., pp. 73 s.

²⁸ Nel sistema americano si indica con il termine *probation* una «postadjudication sentence», che ha come contenuto una «conditional, supervised community release», cfr. W.R. KELLY, *Criminal Justice at the Crossroads – Transforming Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 2015, p. 208. Si tratta dunque di una vera e propria misura alternativa al carcere, condizionata al suo buon esito, e non di una misura processuale che evita l'emissione di una condanna.

²⁹ Cfr. NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 75, e gli studi *ivi* citati, tra cui: NATIONAL COUNCIL ON CRIME AND DELINQUENCY (ed.), *Policies and Background Information*, Hackensack, National Council on Crime and Delinquency, 1972.

³⁰ NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 75.

³¹ Cfr. F. HÖPFEL, R. KERT, *Allgemeine Grundsätze der Diversion*, Juridicum, Wien, 2009, p. 6.

³² Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 276.

persona che veniva giudicata colpevole. Vasta risonanza veniva data specialmente alla teoria del “*labeling approach*”³³. 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 predispone nei suoi confronti con l’imposizione di un processo pubblico»³⁴. Veniva avanzata la tesi per cui l’immagine che tramite un processo pubblico il reo crea di se stesso costituirebbe una concausa importante di un suo successivo comportamento anti-giuridico, sulla base dell’assunto che «un soggetto etichettato come delinquente tende ad agire in conformità alle aspettative della condizione deviante»³⁵. La denuncia, l’instaurazione del processo, la celebrazione delle udienze, ma soprattutto la condanna e la pubblica messa all’indice formalizzata per tramite di casellari giudiziari e registri, insieme al propagarsi nel contesto socio-ambientale delle notizie riguardanti la vicenda penale, conducono a una stigmatizzazione e conseguente identificazione del soggetto con la propria azione deviante, che con maggiore facilità può condurre a forme di “devianza secondaria”³⁶.

Di qui l’assunto: se fino a quel momento erano state pensate “altre” pene che intervenivano successivamente al processo e alla condanna, onde evitare già *ab origine* un approccio “criminalizzante” non è sembrato assurdo pensare anche a un “altro” processo, dunque a un modello di intervento che prescindesse dall’imposizione di un giudizio classico e di una condanna. In quest’ottica si può affermare che la diversione abbia costituito la traduzione in termini operativi della teoria “*labeling*”³⁷.

In definitiva, le pressanti e concrete esigenze di allentare il pervasivo controllo sociale formale proprio del sistema statunitense, avallate dalle rimostranze scientifiche che mostravano l’effetto desocializzante non solo del carcere ma anche dello stesso processo,

³³ Cfr. F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, Ginn and Company, 1951, *passim*; E.M. LEMERT, *Social Pathology*, McGraw-Hill, New York/Toronto/London, 1951, *passim*; H.S. BECKER, *Outsiders – Studies in the sociology of deviance*, New York/London, The Free Press, 1963. *passim*.

³⁴ F. RUGGERI, *Diversion*, cit., p. 538. Più asciutte, secondo il pragmatismo tipico degli studiosi d’oltreoceano, le osservazioni dei criminologi americani: «The young delinquent becomes bad because he is defined as bad», F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, Ginn and Company, 1951, p. 17; «[...] deviant behaviour is behaviour that people so label», H.S. BECKER, *Outsiders – Studies in the sociology of deviance*, The Free Press, New York/London, 1963, p. 9.

³⁵ V. PATANÈ, *Diversion*, cit., p. 68.

³⁶ «Stigmatization is a process which assigns marks of moral inferiority to deviants; more simply it is a form of degradation which transforms identities and status for the worse», E.M. LEMERT, *Instead of Court, Diversion*, cit., p. 11.

³⁷ Cfr. A. LINKE, *Diversionstage*, cit., p. 10. Gli stessi documenti governativi che davano il via alla politica nazionale di diversione facevano espreso riferimento alla necessità di evitare dannose stigmatizzazioni: la *diversion* andava «encouraged by the stigma associated with official proceeding. The stigma may seriously limit the social and economic opportunities of the accused or impose upon him deviant roles leading to further antisocial acts», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 74.

hanno fatto sì che fiorissero su tutto il territorio statunitense numerose esperienze di chiusura informale anticipata del processo. Inizialmente portate a termine in forma tendenzialmente anonima e ad opera di operatori del sistema giudiziario particolarmente forniti di inventiva³⁸, essi sono lentamente emersi allo scoperto e, complici gli importanti finanziamenti erogati dal governo in quegli anni, hanno dato vita ai primi programmi di *diversion* ufficializzati.

1.3. Fioritura e declino dell'esperienza nordamericana.

Ruolo centrale venne assegnato, in alcune esperienze, agli operatori di polizia, con la cosiddetta *police-diversion*. La grande autonomia di cui le forze di polizia godono nel sistema americano aveva infatti permesso un ampio sviluppo, prima in via autonoma, poi via via attraverso modalità più strutturate, di programmi di diversione di vario genere³⁹. Accanto a strumenti di natura conciliativa o ad altri approntati al sostegno nelle situazioni di fragilità personale, la soluzione più utilizzata risultava la rinuncia, dettata da ragioni di opportunità, a perseguire *in toto* il reato. Anche tale modalità operativa, il c.d. *screening*, è stata talvolta considerata una forma di diversione “semplice” o “senza intervento”. Secondo altra parte della dottrina, al contrario, mancando l'implementazione di un programma di risposta al reato alternativo a quello ordinario la stessa non potrebbe essere ricondotta nell'ambito di tale categoria, tesi peraltro avvalorata dalla diversa terminologia appositamente sorta per differenziare, già al tempo, i due istituti⁴⁰.

Di diverso stampo erano poi i percorsi di diversione condotti dagli organi giurisdizionali, tanto dalla magistratura inquirente, quanto da quella giudicante, parlando in simili casi di *pretrial-diversion*. Vi era sovente prevista la possibilità di coinvolgere istituzioni esterne al sistema penale (cosiddetta *true diversion*), ma il più delle volte gli organi del sistema giudiziario preferivano mantenere interamente il

³⁸ «These methods have been described variously as informal, extralegal, unofficial, unauthorized or nonjudicial», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., p. 9. Non stupisce dunque che la diversione sia stata definita come una vecchia prassi cui è stato assegnato un nuovo nome 'alla moda', cfr. R.L. SMITH, *Diversion – New Label, Old Practice*, in P.L. LEJINS, (ed.), *New Approaches to Diversion and Treatment of Juvenile Offenders*, Washington, D.C., U.S. Dept. of Justice, 1973, p. 39.

³⁹ Si può ricordare tra tanti il *Night Prosecutor's Program*, nell'Ohio: per delitti legati a conflitti interpersonali, ad esempio in ambito familiare, a seguito della registrazione della denuncia i confliggenti venivano invitati presso la stazione di polizia dove, alla presenza di un ufficiale, potevano tentare con la sua mediazione di trovare un accordo per la risoluzione del conflitto. Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 277.

⁴⁰ Per una sostanziale equiparazione, cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 278; *contra*, G.F. KIRCHOFF, *Diversionenprogramme in den USA*, cit., pp. 250 s. A questa seconda impostazione si ritiene di aderire per le ragioni che si diranno *infra*.

controllo sull'espletamento del programma. In ogni caso, il compito di verificare l'andamento del percorso e valutarne l'esito al suo termine spettava all'organo giurisdizionale che ne aveva dato il primo impulso⁴¹. Noto esempio di diversione ad opera del pubblico ministero, progenitore della nostra messa alla prova, è la *Citizen Probation Authority* (CPA), realizzatosi nel Genessee County. Con il consenso dell'imputato, veniva predisposto un progetto di *probation* che determinava in un primo momento la sospensione dell'azione penale, alla quale poteva, in caso di esito positivo, seguire l'archiviazione del caso.

I progetti sviluppatasi a New York e Washington si focalizzarono in particolarmente sull'accompagnamento del reo nella costruzione di un percorso di vita autonomo e stabile, dunque *in primis* nella ricerca di un lavoro. In Florida, con il CREST-Programm, ai giovani imputati venivano affiancati studenti di pedagogia i quali offrivano loro un servizio di *counseling* della durata di 90 giorni che, se portato avanti con successo, autorizzava il pubblico ministero a omettere l'azione penale⁴². Attività di accompagnamento e supporto analoghe venivano portate avanti con altri programmi di diversione da parte di volontari appositamente formati⁴³.

Ancora, altrove i percorsi alternativi al processo prevedevano la riparazione del danno causato dal reato, talvolta congiuntamente al pagamento di una somma di denaro a favore di istituzioni caritative o alla prestazione di lavori socialmente utili per la collettività⁴⁴.

Tuttavia, malgrado l'enorme sviluppo che conobbero negli Stati Uniti fra gli anni '60 e gli anni '70 le più svariate forme di diversione, già a metà degli anni '80 emergevano motivi sufficienti per dire che «deren Blütezeit [...] als beendet angesehen werden muss[te]»⁴⁵. Le politiche di contrasto alla criminalità per mezzo di alternative al processo, tanto per i soggetti adulti quanto per i minori, trovavano infatti un'improvvisa battuta d'arresto. Crescenti voci critiche sul valore e sull'efficacia di tale strumento paventavano il rischio di un *net widening effect*, ovvero di un ampliamento, anziché una diminuzione, del controllo sociale: comportamenti che con ogni probabilità sarebbero sfuggiti del tutto al vaglio della giustizia classica rischiavano invece di rimanere "impigliati" nella rete di

⁴¹ Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 277.

⁴² Cfr. G.F. KIRCHOFF, *Diversionsprogramme in den USA*, cit., pp. 263 ss.

⁴³ Così avveniva in Michigan, presso il Kalamazoo County Juvenile Court, con il VPO (Volunteer-Probation-Officer-Programm) e il HIP (Home-Intensive-Probation-Program), nonché con il *Big Brother/Big Sister-Programm*. Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 278.

⁴⁴ H. JANSSEN, *Diversionsprogramme für Erwachsene Straftäter in den USA unter Berücksichtigung von Restitutions-elemente*, in *Bewährungshilfe*, n. 28, 1981, pp. 268 ss.

⁴⁵ Ovvero che «la loro fioritura doveva considerarsi terminata», G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 318.

quella alternativa⁴⁶. Allo stesso tempo si prendeva atto di come non fosse realmente percettibile, sul territorio nazionale, alcuna diminuzione della criminalità, né si ravvisasse un concreto miglioramento rispetto al carico di lavoro dei tribunali.

Non mancarono poi gli studiosi che sollevarono dubbi di natura prettamente giuridica rispetto alla legittimità di sottoporre a programmi trattamentali soggetti che non erano stati formalmente condannati, non risultando nemmeno chiaro il ruolo che rivestisse il consenso nelle pratiche di diversione statunitensi⁴⁷. Si alzò anche qualche voce a denunciare l'incompatibilità della diversione con la garanzia costituzionale del diritto ad un processo rapido (*right to a speedy trial*), che non poteva essere assicurata in caso di sospensioni anche lunghe e comunque dagli esiti incerti⁴⁸.

A dare il colpo finale, secondo tutti i commentatori decisivo, per il declino delle esperienze di diversione fu la politica finanziaria dell'amministrazione Reagan. Essa decretò la soppressione della Law Enforcement Assistance Administration (LEAA), l'agenzia ministeriale che più ne incentivava la diffusione. Con essa terminavano, nel 1981, anche i finanziamenti governativi, linfa vitale della maggioranza dei progetti⁴⁹.

Il rapido passaggio da uno stato di euforia al declino che ha accompagnato lo sviluppo della diversione negli Stati Uniti non ha tuttavia impedito l'«esportazione» dell'idea che ne è alla base. Mentre, infatti, oltreoceano le alternative al processo perdevano improvvisamente interesse e rilevanza, la diversione era già «emigrata», sollecitando la

⁴⁶ Tra le prime voci critiche in questo senso, K. POLK, *Juvenile Diversion: A look at the Record*, in *Crime and delinquency*, n. 30, 1984, p. 648; Per una ricostruzione complessiva sulla teoria del *net-widening effect*, cfr. A. LINKE, *Diversionstage*, cit., pp. 69 ss.

⁴⁷ Da una parte esso veniva auspicato e richiesto come elemento necessario («but pre-judicial methods that seek to place the juvenile under substantial control in his pattern of living without genuine consent are not permissible»; «it is essential that acceptance of the bureau's services be voluntary; otherwise the dangers and disadvantages of coercive power would merely be transferred from the juvenile court to it», PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report*, cit., pp. 16 e 21). Allo stesso tempo tuttavia nella descrizione delle diverse esperienze di diversione rilevate sul territorio americano, l'elemento consensuale non emerge mai chiaramente, dal che si può desumere che nella prassi esso non fosse particolarmente tenuto in considerazione (cfr. NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 73). Probabilmente proprio a partire da questo dato è nata l'esigenza di rimarcare l'irrinunciabilità del consenso, come evidenziato dalla proposta legislativa secondo cui «the offender voluntarily accepts the offered alternative to further justice system», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 96. Delle frizioni con il principio di non colpevolezza e della centralità del consenso nella diversione si parlerà diffusamente al cap. VI.

⁴⁸ Per una più ampia disamina delle ragioni che hanno portato al fallimento della diversione negli USA, cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., pp. 318 ss. Si individua anche in questa sede quale ragione prevalente della chiusura dei numerosissimi progetti il taglio netto ed improvviso dei relativi finanziamenti.

⁴⁹ Cfr. U. DIRNEICHNER, *Der nordamerikanischer Diversionsansatz und rechtliche Grenzen seiner Rezeption im bundesdeutschen Jugendstrafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M./Bern/New York/Paris, 1990, p. 89. Anche G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 321 parla di «entscheidenden Rückschlag».

curiosità e dando il via alle riflessioni di studiosi in tutto il mondo, con ciò inaugurando quella che è stata considerata una vera e propria «carriera internazionale»⁵⁰.

2. La diffusione a livello internazionale.

La diffusione a livello internazionale della riflessione intorno agli strumenti ideati negli Stati Uniti ha assunto in breve tempo contorni del tutto sorprendenti quanto ad ampiezza e pervasività, trasferendo la terminologia usata nel contesto americano all'interno della discussione criminologica e penalistica generale⁵¹. L'idea di 'deviare' il corso del processo penale ordinario acquisiva rilevanza e riconoscimento, venendo accolta con entusiasmo da numerosi studiosi e subito positivizzata in alcuni sistemi⁵². Ciò risultava tanto più sorprendente se si pensa che, nello stesso periodo, il Paese che aveva dato impulso all'istituto stava drasticamente abbandonando quella linea d'azione. Ciononostante il termine 'diversione' acquisiva dignità scientifica riconosciuta da studiosi di criminologia e di diritto penale di tutto il mondo e il dibattito proseguiva a livello tanto ordinamentale quanto sovranazionale. In taluni Stati, in particolare, ci si accingeva a costruire *ad hoc* nuovi strumenti d'intervento che si rifacevano al modello nordamericano; più sovente la discussione sulla *diversion* portò ad una rimodulazione di istituti già previsti a livello nazionale che con esso mostravano affinità e somiglianze⁵³.

La trasmigrazione in altri ordinamenti non fu scevra tuttavia da equivoci e malintesi⁵⁴. Malgrado gli sforzi profusi dalla dottrina statunitense nel circoscrivere la diversione da altri istituti ad essa assimilabili, la mancanza di una definizione univoca non ha facilitato

⁵⁰ In termini di «Emigration» e «internationale Karriere» si esprime G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 322.

⁵¹ «Gleichwohl ist der Begriff wegen seiner nationalen wie internationalen „Karriere“ nicht mehr aus den kriminalpolitischen Diskussion wegzudenken» («nel frattempo, in forza della sua „carriera internazionale“, tale terminologia non può più considerarsi sradicabile dalla discussione politico-criminologica»), W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren*, cit., p. 12.

⁵² Ne parlano in maniera diffusa: D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 279; U. DIRNEICHNER, *Der nordamerikanischer Diversionsansatz*, cit., pp. 94 ss.; A. LINKE, *Diversionstage*, cit., pp. 15 ss.

⁵³ «Bei der Verwirklichung von Diversionskonzepten konnte in einer Reihe von Staaten an bereits etablierte Strafverfolgungsstrategien angeknüpft werden, die schon eine Beendigung des Strafverfahrens vor förmlicher Verurteilung zum Gegenstand hatten» («la realizzazione del modello della diversione poté agganciarsi in un certo numero di Stati a strategie d'intervento già positivizzate che prevedevano una conclusione anticipata del procedimento penale prima della condanna formale»), D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 279.

⁵⁴ «Diversion war gewissermaßen ausgewandert, sowohl nach Asien wie auch nach Europa. Im Verlauf dieser Emigration hat der Begriff allerdings einige seltsame Metamorphosen durchgemacht» («La diversione si era relativamente diffusa, tanto in Asia quanto in Europa. Nel mentre di tale emigrazione tuttavia il concetto ha subito non poche metamorfosi singolari»), G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 322. Lo stesso autore parla anche di una «ziemlicher Begriffsverwirrung», ovvero di una tendenziale confusione concettuale, in G. BLAU, *Diversion und Strafrecht*, in *Jura*, n. 9, 1987, p. 28.

lo sviluppo di una discussione lineare e anzi ha spesso portato, nel propagarsi delle esperienze al di fuori del mondo nordamericano e anglosassone, a parziali equivoci, ma anche a intenzionali strumentalizzazioni, nell'uso della denominazione originale. La varietà di programmi e normative che furono improvvisamente indicate con tale titolo crebbe esponenzialmente. Che fosse per adoperare un termine divenuto di moda⁵⁵ o per attribuire uno *status* giuridico riconosciuto a pratiche tradizionali e mai normativizzate, cosa che accadde in alcuni ordinamenti asiatici, o ancora per legittimare a livello sovranazionale forme di giurisdizione altrimenti poco digeribili poiché poco garantiste, come avvenne in alcuni Stati socialisti, sta di fatto che ovunque fiorivano forme di “diversione” di ogni sorta⁵⁶. È solo con la consapevolezza di una simile “espansione” del concetto in esame che è possibile effettuare una rapida carrellata delle esperienze sorte o integrate nei singoli sistemi.

In Giappone, ad esempio, la diversione trovò terreno particolarmente fertile. La cultura locale, per diretto influsso del confucianesimo, è permeata dalla ricerca di un'armonica convivenza fra gli individui; apparteneva dunque già alla sensibilità locale la tensione a risolvere i conflitti quanto più possibile al di fuori delle aule di tribunale, tanto in ambito civile quanto in quello penale⁵⁷. Questo, insieme al sistema processualpenalistico, fortemente influenzato da quello statunitense, caratterizzato dal principio di discrezionalità dell'azione penale (art. 248 del Codice di procedura penale giapponese), portò all'utilizzo del termine “diversione” per le varie possibilità di archiviazione condizionata del processo, legate alle scuse personali dell'imputato, alla riparazione del danno, ove possibile al ricorso a forme pur non regolamentate di mediazione, e alla promessa di non incorrere in nuovi reati⁵⁸.

La Corea del Sud, invece, ribattezzò con il nome di diversione il previgente programma del “Suspension of Prosecution with Guidance”⁵⁹, anch'esso di chiara matrice anglosassone.

⁵⁵ «[um] mit den schönen Fremdwort „Diversion“ gewissermaßen höhere internationale Weihen zu vermitteln» («per ottenere attraverso l'uso della bella parola straniera „diversione“ un maggiore consenso a livello internazionale»), G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 325.

⁵⁶ Con la conseguenza inevitabile che si creò una grande confusione sul significato della parola “*diversion*”; sulla questione definitoria, cfr. *infra*.

⁵⁷ Cfr. per una panoramica, K. ROKUMOTO, *Tschotei (Schlichtung) - Eine japanische Alternative zum Recht: Verfahren, Praxis und Funktionen*, in *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht – Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 6, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, pp. 390 ss.

⁵⁸ K. MATSUO, *Japan – Diversion and Mediation*, in *Revue Internationale de Droit Pénale*, 1983, vol. 54, p. 1095.

⁵⁹ Cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 324.

In altri Paesi asiatici caratterizzati da un substrato sociale a forte connotazione comunitaria, come la Malesia, le Filippine e l'Indonesia, si parlò invece di diversione con riferimento ai consigli degli anziani e dei saggi che ancora, in alcune zone del territorio, costituivano un importante punto di riferimento per la gestione della conflittualità locale, malgrado non avessero alcun tipo di collegamento con il sistema giudiziario statale⁶⁰.

In Europa, alcuni Stati di matrice socialista utilizzarono il concetto di diversione per favorire il riconoscimento a livello internazionale di forme processuali fortemente criticate dai paesi dell'Ovest. La DDR e l'USSR, in particolare, si appropriarono di tale terminologia per ammorbidire una perplessa comunità internazionale rispetto alla legittimità delle procedure giurisdizionali condotte da "Konfliktkommissionen" e "Kameradengerichte"⁶¹. Leggermente differenziata la posizione della Polonia, che accanto a simili organi giurisdizionali atipici prevedeva anche vere e proprie forme di messa alla prova per minori e adulti, che, con il loro consenso, venivano affiancati a operatori sociali incaricati di accompagnare il loro periodo di prova. In caso di esito positivo il procedimento veniva archiviato⁶².

L'Europa dell'Ovest, ugualmente, non fu immune da distorsioni nell'utilizzo del termine rispetto al suo significato originario. La Francia, ad esempio, se n'è servita per indicare politiche di vera e propria depenalizzazione. "Diversione" viene infatti ancora oggi sovente tradotto tanto con "*déjuridication*" quanto con "*dépénalisation*"⁶³.

In Olanda, invece, si incentivarono progetti (con il nome di *Diversie*) ispirati al nuovo modello d'intervento che tuttavia tendevano ad evitare *ab origine* qualsiasi contatto con le forze pubbliche, incentivando piuttosto forme di privatizzazione della giustizia. Non a caso il termine viene tradotto in modo equivalente anche con la denominazione "deviazione dal diritto"⁶⁴.

Diversamente, il Regno Unito, il cui ordinamento risultava il più affine a quello in cui la diversione aveva visto la luce, conosceva da tempo la possibilità di archiviare informalmente un procedimento, soprattutto in ambito minorile, possibilità che venne

⁶⁰ Così rispettivamente le relazioni di S.A. DEMONDON, *Philippines – Diversion and Mediation*, in *Revue Internationale de Droit Pénale*, 1983, vol. 54, p. 989, e gli interventi di A. Mohtar per la Malesia e H. Sudarto per l'Indonesia come riportati da G. Blau, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., pp. 32 s.

⁶¹ W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 8.

⁶² Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 279.

⁶³ Cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 325.

⁶⁴ M. ANDRIESEN, *RBS – Ein holländisches Diversionsprojekt*, in H. KURY, H. LERCHENMÜLLER (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, pp. 368 e 383. Dell'esperienza olandese come di una forma di diversione "radicale" parla G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 332.

tuttavia riconosciuta ufficialmente e regolata solo nel 1969 con il *Children and Young Persons Act*. In Scozia, in particolare, in forza del *Social Work (Scotland) Act*, un terzo dei casi conosciuti dagli organi della giustizia veniva gestito senza addivernire al processo e alla eventuale condanna⁶⁵.

In Germania la discussione sul tema della diversione fu vastissima, sia da un punto di vista criminologico che per una sua lettura strettamente giuridica. Istituti che potevano essere ricondotti a tale categoria risultavano essere già presenti, tanto nel diritto minorile quanto in quello ordinario. Essi sono stati in parte rimodulati e rinominati, entrando così la “*diversion*” a far parte a pieno titolo del sistema normativo.

Ancora di più ciò è avvenuto in Austria, dove l’istituzionalizzazione della diversione è stata forse più compiuta che altrove. Nel 2008, con una riforma organica dell’ordinamento processuale penale che si riproponeva di mettere ordine fra le singole novelle intervenute nel tempo, veniva inserito nella StPO (*Strafprozessordnung*) il Titolo XI, intitolato “*Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)*”, ovvero “Rinuncia alla persecuzione (diversione)”⁶⁶.

In generale il crescente interesse che la diversione aveva suscitato, l’utilizzo sempre più diffuso che di tale terminologia si faceva e la mancanza al contempo di uniformità nel definirne i contenuti, portò l’Associazione Internazionale di Diritto Penale (A.I.D.P.) a scegliere il tema quale argomento del XIII Congresso Internazionale di Diritto Penale, programmato per il 1984 al Cairo. Dal *Kolloquium* preparatorio, svoltosi a Tokio l’anno precedente, scaturì un documento preliminare inviato a tutti i relatori nel quale si sottolineava il ruolo della diversione nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità e la sua importanza nell’evitare processi di penalizzazione ipertrofica, al contempo predisponendo strumenti di risposta proporzionali e adeguati a gestire situazioni di conflittualità sociale⁶⁷. Nello stesso documento ci si preoccupava di definire i termini della discussione al fine assicurare la comunicabilità degli interventi e la possibilità di un confronto effettivo fra le diverse esperienze, stabilendo con estrema chiarezza quello che, ai fini del congresso, poteva essere qualificato come una forma di *diversion*⁶⁸. Rispetto al

⁶⁵ N. TUTT, *Law and Policies on Juvenile Offending in England and Wales, Scotland, Northern Ireland and the Republic of Ireland*, in A.J. KERNER, B. GALAWY, H. JANSSEN (Hrsg.), *Jugendgerichtsbarkeit in Europa und Nordamerika. Aspekte und Tendenzen*, Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, München, 1986, pp. 478 ss.

⁶⁶ Di entrambi gli ordinamenti si dirà più diffusamente nel capitolo II.

⁶⁷ Cfr. R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale, 1983*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 88.

⁶⁸ Per le questioni definitorie, di nuovo, *infra*.

titolo del Congresso, “Diversione e Mediazione”, si precisava infine che il riferimento alla mediazione era da leggersi come secondario, costituendo questa solo una delle modalità, forse la più significativa e innovativa ma non certo l’unica, di concreta operatività della diversione. Il *focus* della discussione doveva quindi restare la *diversion* in quanto tale, nelle sue diverse sfaccettature⁶⁹.

Veniva così sancito ufficialmente il tenore internazionale da riconoscersi agli strumenti di diversione⁷⁰ e allo stesso tempo furono poste le basi per un dialogo costruttivo fra diverse accezioni e traduzioni in concreto.

3. Il problema definitorio.

«The simple term ‘Diversion’ means many different things to many different people»⁷¹. Questa affermazione, vera nel 1973, lo è parzialmente ancora oggi. Malgrado la discussione a livello internazionale abbia infatti acquisito maggiore consistenza e respiro, le accezioni assegnate al concetto di ‘*diversion*’ sono rimaste, in parte, tutt’altro che omogenee. Restava, e talvolta resta ancora, poco chiaro il contenuto esatto di una categoria che rischia sempre di tornare ad essere una scatola vuota, riempibile a piacimento. E questo malgrado il dibattito, nato con un taglio prettamente esperienziale, si sia spostato sul piano scientifico, e nonostante ci si sia spostati da un indirizzo più tipicamente criminologico verso un’analisi di tipo prettamente giuridico.

La questione definitoria ha costituito e costituisce dunque un passaggio ineludibile per qualunque studio sulla diversione⁷², e così è anche ai fini della presente trattazione. Occorre cioè delineare chiaramente i termini del discorso, specificando che cosa si intenda per alternativa al processo, e dunque per diversione. Per far ciò, si darà conto in un primo momento delle classificazioni che sono state operate negli ultimi decenni, mettendo ordine fra le diverse accezioni emerse. Svolta una ricognizione generale, si

⁶⁹ Cfr. R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., p. 87: «Although mediation is the only specific measure of intervention referred to in our title, this simply indicates that mediation is the most important example of intervention. This Congress should deal with any method of intervention which renders a court trial for a defendant unnecessary».

⁷⁰ Così anche D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 279.

⁷¹ D.R. CRESSEY, R.A. MCDERMOTT, *Diversion from Juvenile Justice System. National Assessment of Juvenile Correction*, University of Michigan, 1973.

⁷² La questione era stata affrontata già dal National Advisory Commission, *Corrections*, cit., p. 73, e più approfonditamente negli studi successivi; cfr. H. KURY, *Diversion – Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel amerikanischer Programme*, in H. KURY, H. LERCHENMÜLLER (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, pp. 174 ss.; G.F. KIRCHOFF, *Diversionsprogramme in den USA*, cit., pp. 248 ss.; W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit. pp. 6 ss.; D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275; A. LINKE, *Diversionstage*, cit., pp. 3 ss.

cercherà di porre alcuni punti fermi, condivisi oramai pressoché unanimemente. Infine si tratterà di prendere posizione per una e una sola accezione ben delimitata, spiegando le ragioni che portano a preferire una determinata impostazione sulle altre. Si delimiterà di conseguenza l'oggetto della presente ricerca, escludendo dall'indagine istituti ritenuti estranei, per i motivi che si dirà, al discorso sulle alternative al processo.

Un buon punto di partenza per individuare il significato di una parola è la ricostruzione del suo etimo. Spesso, risalendo alle radici linguistiche di un termine, si ottengono indicazioni sorprendentemente chiarificatrici.

La parola “diversione” rivela una chiara origine latina, nonostante, come visto, sia stata adottata in origine dal mondo anglosassone. La dottrina tedesca e austriaca, da sempre legatissima alle questioni linguistiche nonché alle radici romanistiche del diritto, ha ricostruito l'etimologia facendola derivare da *diversio*, *diversus*, e *vertere*, *divertere*⁷³. L'inglese “*diversion*” si traduce letteralmente “deviazione”, “dirottamento”, “distrazione” o anche “diversivo”⁷⁴, e fa capo all'aggettivo “*diverse*”. In italiano, la parola diversione significa, allo stesso modo, deviazione, allontanamento, diversificazione; per qualcuno, più specificamente, «‘diversione’ significa ‘mettere su un binario diverso’»⁷⁵.

Se nell'ambito linguistico sussistono pochi dubbi sull'origine e sul significato della parola, in campo criminologico e giuridico l'unico dato sul quale si è tutti d'accordo è che una definizione precisa e condivisa da tutti non esiste⁷⁶. Ciò è dovuto a diversi fattori, in buona parte già accennati: anzitutto la genesi dell'istituto, fortemente legata al moltiplicarsi di esperienze concrete e variegata, nate spontaneamente sul territorio statunitense; in secondo luogo, gli studi volti a codificare simile movimento “dal basso” con le prime teorizzazioni di natura prettamente socio-criminologica, in un contesto dunque meno smanioso di creare categorie dogmaticamente ben definite; infine la rapida diffusione del paradigma in ambito internazionale, che ha ulteriormente frammentato la sua interpretazione in esperienze culturali e cornici giuridiche fortemente disomogenee.

⁷³ Cfr. A. LINKE, *Diversionstage*, cit., p. 3.

⁷⁴ Non a caso veniva utilizzata in ambito militare già nell'800 per indicare operazioni che di stampo strategico per depotenziare le forze avversarie, cfr. W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 6.

⁷⁵ M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., p. 94.

⁷⁶ «Diversion has been used informally and unofficially at all stages of the criminal justice process since its inception, but without being clearly identified and labelled», National Advisory Commission, *Corrections*, cit., p. 73; «Obwohl der Begriff der Diversion heute in alle Munde ist, besteht über seine genaue Definition keine Übereinstimmung», D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275. «Auch im Rahmen der westdeutschen Diskussion wurde und wird der Diversionsbegriff uneinheitlich verwendet» (anche nell'ambito della discussione svolta nella Germania occidentale la nozione di *diversione* è stata ed è tuttora utilizzata in modo disomogeneo), W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 9.

Non deve stupire allora la confusione creatasi e la difficoltà nel costruire una teoria della diversione condivisa da tutti. A suo tempo come oggi una totale uniformità di significato non c'è⁷⁷.

Ciononostante si possono raccogliere gli elementi comuni su cui la dottrina è concorde, per poi offrire una lettura del fenomeno sui punti rimasti aperti.

A livello generalissimo, si può dire che «mit den Begriff *Diversion* [...], werden die in den USA entstandenen [...] Bestrebungen bezeichnet, den Anteil der Justiz an der gesellschaftlichen Bewältigung von Kriminalität zurückzudrängen und auf Delinquenz mit eher informellen Maßnahmen außerhalb der strafrechtlichen Sozialkontrolle zu reagieren»⁷⁸. Si tratterebbe dunque del tentativo di limitare il ruolo della giurisdizione formale nel contrasto alla criminalità, a favore di interventi non giurisdizionali, diversi dagli strumenti di controllo sociale tipici del diritto penale processuale classico. Una simile definizione metterebbe in linea di massima tutti d'accordo. È chiaro tuttavia che, circoscritto in questo modo, si tratterebbe di un calderone amplissimo⁷⁹, rispetto al quale qualsiasi riflessione di tipo sistematico risulterebbe impossibile o comunque inutile.

Diversi sono stati allora i tentativi compiuti per delineare meglio il significato di un termine che altrimenti rischiava, stratonato da tutte le parti, di perdere valore. Ricostruendo le diverse ipotesi, la dottrina tedesca ha individuato alcune macro aree di riferimento, che raccolgono le correnti maggioritarie in base all'ampiezza della definizione data.

Una prima impostazione, la più estensiva, ricomprende nel concetto di diversione qualsiasi strumento idoneo ad evitare un controllo formale di natura penale. Quale che sia il metodo utilizzato, su qualsiasi piano del controllo sociale, sarebbe diversione ogni intervento idoneo a far venir meno il contatto con la giustizia: sono dunque ricompresi gli interventi legislativi di depenalizzazione, come anche la sostituzione, a condanna già emessa, delle sanzioni "stazionarie" in sanzioni "a piede libero"⁸⁰. Si tratta di una definizione che si allontana notevolmente dalle prime esperienze americane e che allarga

⁷⁷ Cfr. A. LINKE, *Diversionstage in Nordrhein-Westfalen*, Lit Verlag, Berlin, 2011, p. 3.

⁷⁸ «Con il termine *diversione* vengono indicate le tendenze nate negli USA a ridurre l'apporto della giustizia formale alla gestione sociale della criminalità e a reagire piuttosto alla delinquenza con strumenti informali, al di fuori del controllo sociale di natura penale», D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275.

⁷⁹ E non a caso si è affermato che «*diversion is a mixed bag*», T. PALMER, *Diversion is a mixed bag. Evaluation of CYA Diversion Program*, in *Juvenile Justice Digest*, nn. 3/4, Annandale, Virginia, Washington Crime New Service, 1979.

⁸⁰ Cfr. A. LINKE, *Diversionstage*, cit., p. 3. Tra gli autori che si rifanno a tale modello, B.R. SONNEN, *Diversion: Wege zur Vermeidung des förmlichen Verfahrens*, in Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen (Hrsg.), *Die jugendrichterlichen Entscheidungen – Anspruch und Wirklichkeit*, Selbstverlag, München, 1981, pp. 177, 180 s.

il paradigma sino ad abbracciare una vasta gamma di istituti che incidono tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale.

Una posizione intermedia ricomprende poi tutti gli strumenti e le strategie operative volte ad ammorbidire l'intervento della giustizia penale, escludendo tuttavia la rilevanza del piano legislativo, e con esso di ogni forma di depenalizzazione. Rimangono ancora incluse invece, quando mosse da un preciso finalismo reintegrativo e risocializzante, le pene alternative, come si è ritenuto accada con il lavoro di pubblica utilità⁸¹.

Infine, secondo un terzo modo di interpretare il termine "diversione", il più stringente, si tratterebbe di una «informelle Beendigung eines Strafverfahrens durch Organe der Strafrechtspflege im Zeitraum zwischen der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und vor Ergehen eines Urteils [...] und zwar unabhängig davon, ob der Beschuldigte einer Maßnahme unterworfen wird oder nicht»⁸². Ci si sposta dunque su di un piano prettamente processuale; la diversione viene identificata esclusivamente con la chiusura anticipata, pur in presenza degli elementi necessari per sostenere l'accusa, di un procedimento penale che pure era stato già avviato.

⁸¹ Così C. PFEIFFER, *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren*, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, p. 125; F. SCHAFFSTEIN, W. BEULKE, *Jugendstrafrecht – eine systematische Darstellung*, 14. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2002, p. 241. Anche U. DIRCHNEIER, *Der nordamerikanische Diversionsansatz*, cit., p. 170, va nella medesima direzione, costruendo la sua «Grundidee der Diversion» (idea di fondo sulla diversione) nel seguente modo: «um das Ziel einer angemessenen Reaktion der Kontrollinstanzen auf eine Normabweichung und letztendlich die Prävention von Kriminalität erreichen zu können, mit Rücksicht hierauf also, soll vom bisher verfolgten Weg des offiziellen Strafverfolgungsprozesses abgewichen werden und man versucht, neue Wege hin zum Endziel zu suchen, wobei einem Minimum von Nachteilen möglichst ein Maximum von Vorteilen gegenüberstehen soll» (per raggiungere il risultato di una reazione equilibrata da parte degli organi di controllo a fronte di una violazione di legge e, in definitiva, per raggiungere l'obiettivo di prevenzione del crimine – con riguardo a tutto ciò dunque – si dovrebbe deviare dall'iter seguito fino ad oggi del processo penale ufficiale e tentare di trovare nuove strade che conducano all'obiettivo finale, là dove ad un sacrificio minimo dovrebbe corrispondere il maggior numero di vantaggi possibili». Si tratterebbe in concreto di «Alternativen zur bisherigen Verfahrensweise und gleichermaßen zur herkömmlichen Sanktionspraxis» (alternative al modo di procedere seguito fino ad oggi e allo stesso tempo alternative alla prassi sanzionatoria tradizionale).

⁸² Cioè della «conclusione informale di un procedimento ad opera degli organi della giustizia penale, nel lasso di tempo tra l'avvio delle indagini preliminari e il momento antecedente all'emissione di una sentenza di merito, [...] e questo indipendentemente dal fatto che l'imputato sia stato sottoposto ad una qualche misura o meno», A. LINKE, *Diversionstage*, cit., p. 5. Lo stesso autore fornisce una seconda definizione, analoga, identificando la diversione come «Abschluss eines Strafverfahrens nach Feststellung eines hinreichenden Tatverdachts durch die Staatsanwaltschaft und vor Ergehen einer förmlichen gerichtlichen Entscheidung» (chiusura di un procedimento ad opera del pubblico ministero a fronte della sussistenza di un sospetto sufficientemente fondato e prima dell'emissione di una decisione giudiziale formale), p. 3. Si tratta della definizione maggiormente accettata. Cfr. in questo senso, esemplificativamente, D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275; I. GOECKENJAN, *Neuere Tendenzen in der Diversion – exemplarisch dargestellt anhand des Berliner Diversionsmodells*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 19; C. GROTE, *Diversion in Jugendstrafrecht*, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2006, p. 21; W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 9.

3.1. *Qualche punto fermo.*

Ad oggi qualche punto fermo c'è. Delle varie accezioni or ora menzionate, vi è sostanziale unanimità nell'accogliere solo quella che fa della diversione uno strumento prettamente processuale. L'opinione prevalente considera cioè la diversione una chiusura anticipata del procedimento per ragioni estranee a quelle che classicamente giustificerebbero una sua interruzione. Essa si sostanzia in una "deviazione" dal sistema del controllo sociale formalizzato⁸³ che si innesta sul rito ordinario e interrompe il corso di quest'ultimo, con il risultato di condurlo a un esito ulteriore rispetto alla classica diade azione-archiviazione, in sede di indagini, o condanna-proscioglimento, in sede processuale. È stata accolta, in altre parole, la definizione che veniva data in ambito internazionale con il *Commentaire* preparato per il Colloquio di Tokyo nel 1983. In esso si legge che «diversion refers to [...] 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»⁸⁴. Si deve dunque dare per acquisito che si tratti di un percorso alternativo che trova il suo inizio nel procedimento penale, e non al di fuori di esso, e si concretizza in percorsi alternativi anteriori all'emissione di una sentenza di condanna, e non successivi. Non rientrano in tale definizione, nell'acquisita terminologia giuridica e criminologica, né gli interventi di depenalizzazione da un lato, né le pene alternative dall'altro⁸⁵. Ciò conferma peraltro quanto era stato già esplicitamente

⁸³ «"Wegführung" vom System formeller Sozialkontrolle» («"deviazione" dal sistema del controllo sociale formale»), così W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 7.

⁸⁴ «A non penal-program, in this context, means simply one whose purpose is not to punish a transgressor, but to rehabilitate him or to resolve the underlying conflict from which the crime resulted», R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., p. 84. Tuttavia in quella sede veniva data all'espressione "ordinary criminal process" un'accezione molto ampia, al punto da ricomprendervi anche forme di diversione messe in atto a fronte di un reato prima ancora che intervenissero gli operatori di polizia.

⁸⁵ Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275, che chiarisce come la concezione ampia di diversione sia stata rifiutata, concezione ampia secondo cui da un lato, «fällt es unter Diversion, wenn der Gesetzgeber einen Straftatbestand abschafft» («rientrerebbe nel concetto di diversione l'eliminazione di una fattispecie penale astratta»). Dall'altro «wird hier nicht mehr von Diversion gesprochen, wenn gegen den Täter ein Strafurteil ergeht, mag der Richter auch statt einer stationären eine ambulante Sanktion verhängen» («non si parla più nemmeno di diversione quando ad un reato fa seguito una condanna, anche se il giudice comminasse al posto di una sanzione stazionaria un'altra ambulante»).

affermato nelle primissime teorizzazioni della diversione negli U.S.A.⁸⁶ e risultava altrettanto chiaro dai documenti preparatori al Colloquio Internazionale di Tokyo⁸⁷.

Un ulteriore passo chiarificatore è stato compiuto escludendo dall'alveo della diversione le forme di risoluzione del conflitto affidate *ab origine* a soggetti o enti esterni alla giustizia pubblica la quale, in questo modo, pur in presenza di un reato, rimaneva del tutto estranea alla gestione del fatto e delle sue conseguenze. Simili pratiche infatti erano state invece incluse nella definizione data dal *Commentaire* del 1983, purché ci si trovasse comunque in presenza di un fatto astrattamente contestabile come reato⁸⁸. È stato tuttavia chiarito come le alternative al processo assimilabili alla diversione rimangano connotate da uno strettissimo legame con il sistema penale stesso, in cui trovano l'impulso iniziale e all'interno del quale proiettano gli esiti conclusivi della vicenda. Con la diversione lo Stato non rinuncia cioè ad avocare a sé l'onere di rispondere al fatto-reato, e non restituisce integralmente alle parti la gestione del conflitto in una sorta di "ri-privatizzazione" della giustizia, come pure è stato paventato⁸⁹. Né si affida il compito di reagire alla delinquenza ad enti di natura puramente assistenziale e sociale, come pure era avvenuto con l'esperienza olandese, escludendo del tutto l'intervento del sistema giurisdizionale. Piuttosto, ad essere rimodellato è lo stesso sistema processual-penalistico, che accoglie e integra al suo interno l'innesto di percorsi paralleli e diversificati di

⁸⁶ Per quanto riguarda una possibile confusione con le alternative al carcere, si affermava già nel 1973 che «diversion is also differentiated from concept of "minimizing penetration" in that the latter refers to efforts to utilize less drastic means or alternatives at any point throughout official criminal or juvenile justice processing, while diversion attempts to avoid or halt official processing altogether. Probation in lieu of institutionalization represents an example of minimizing penetration». Con riguardo alla depenalizzazione si rilevava come «some confusion may arise in discussions of diversion due to efforts to remove certain categories of behavior from the purview of the criminal law or the delinquency jurisdiction of the courts», e così si precisava, a titolo esemplificativo, che «in places where drunkenness has been decriminalized, however, treatment programs for drunkenness in the community would not technically be diversion programs», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., pp. 73 s.

⁸⁷ Gli organizzatori dell'incontro internazionale escludono le alternative alla pena detentiva come possibili forme di diversione e motivano: «strong arguments have been put forward for treating offenders outside the prison setting, by such means as probation. Because probation is normally ordered by a court only after guilt has been determined, it will not be part of our discussion on diversion», R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., p. 84.

⁸⁸ Si era parlato per tali casi di una diversione "precoce", anteriore alla conoscenza da parte della polizia della notizia di reato, cfr. R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., p. 87.

⁸⁹ Ad esempio, F. RUGGIERI, *Diversion*, cit., p. 540, invoca «riflessioni soppesate ed accurate al fine di impedire che questa fase di transizione sfoci, invece che nell'auspicata nuova sintesi fra interessi individuali e statali, in una prevaricazione degli uni o degli altri».

reazione all'illecito⁹⁰. Forme private di composizione di una lite non rientrano dunque in tale classificazione⁹¹.

Si può allora parlare di diversione, o di alternativa al processo in senso stretto, solo a seguito dell'acquisizione di una notizia di reato da parte degli organi a ciò preposti, all'avvio dell'*iter* procedimentale previsto, e all'inserimento a partire da quella sede del percorso alternativo⁹². Cioè, in altre parole, ogni qual volta vi sia una «Verfahrenseinstellung, die – bei hinreichende Tatverdacht und Vorliegen der Prozessvoraussetzungen – an die Stelle einer Anklage (staatsanwaltliche Diversion) oder einer Verurteilung (richterliche Diversion) tritt»⁹³. Di conseguenza, «Diversion kommt frühestens dann in Betracht, wenn ein Organ der Strafrechtspflege von einer Straftat amtlich Kenntnis erlangt hat. Die reine private Konfliktregelung ohne jede Beteiligung staatlicher Organe fällt nicht unter den Begriff, denn unter Diversion wird allgemein eine offizielle Reaktionsweise auf Delinquenz verstanden»⁹⁴. Questo costituisce il primo, fondamentale, punto fermo. Se ne richiede tuttavia, ai fini della nostra trattazione, un secondo.

3.2. La differenziazione dalle ipotesi di tenuità o irrilevanza del fatto.

La definizione di diversione appena fornita è costruita in modo tale da comprendere sia le ipotesi di diversione semplice, o diversione “non interventiva“, in forza della quale

⁹⁰ Per esemplificare, un percorso di mediazione presso un centro a ciò abilitato a seguito di un accesso spontaneo da parte dei litiganti, se anche fosse stato integrato un reato o vi fossero comunque gli estremi per sporgere denuncia, non costituisce una forma di diversione. Al contrario, un percorso di mediazione ad opera del medesimo centro, ma a seguito dell'invio del caso da parte di un tribunale è a tutti gli effetti una alternativa al processo per come qui viene intesa, una diversione.

⁹¹ D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275: «Die rein private Konfliktregelung ohne jede Beteiligung staatlicher Organe fällt nicht unter den Begriff, denn unter Diversion wird allgemein eine offizielle Reaktionsweise auf Delinquenz verstanden».

⁹² Sempre D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275. Questo non significa escludere che possano poi intervenire, e anzi debbano, soggetti estranei al mondo giudiziario. L'apporto di soggetti terzi tuttavia avviene in un secondo momento ed è successivo rispetto ad un primo contatto con la giustizia. Lo esplicita chi afferma che «die Verwirklichung der informellen Reaktion kann hierbei durch eine außerhalb der Justiz stehende Einrichtung erfolgen oder weitgehend in den Händen von Organen der strafrechtlichen Sozialkontrolle liegen», ovvero che «la realizzazione del percorso informale può avvenire ad opera di un ente esterno alla giustizia, come anche rimanere nelle mani degli organi del controllo sociale penale», D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275.

⁹³ «Chiusura del procedimento che, a fronte di un'accusa sufficientemente fondata e in presenza di tutti i presupposti processuali, si sostituisce all'esercizio dell'azione penale (diversione del pubblico ministero) o alla condanna (diversione giudiziale)», W. HEINZ, *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 10.

⁹⁴ «Di diversione si può parlare al più presto nel momento in cui un organo della giustizia penale ha avuto conoscenza, nell'esercizio delle sue funzioni, di una notizia di reato. La mera risoluzione in forma privata del conflitto, senza il coinvolgimento di alcun organo giudiziale, non rientra nella definizione, perché per *diversion* si intende in generale una reazione ufficiale alla delinquenza», D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275.

il processo penale viene interrotto anticipatamente in assenza di qualsivoglia condizione, sia quelle di diversione “interventiva“, che prevedono al contrario la partecipazione ad un percorso variamente connotato che si sostituisce a processo⁹⁵.

Nel primo caso non si reputa opportuno o necessario proseguire l’azione penale, pur in presenza di una fattispecie tipica astrattamente punibile. Nel secondo caso, invece, pur risultando il processo penale chiuso anticipatamente, ciò avviene in forza di strumenti differenziati e informali di risposta al reato e di risoluzione del conflitto ad esso sotteso.

Non è tuttavia affatto pacifico che entrambe queste modalità di chiusura anticipata del processo debbano essere poste sullo stesso piano⁹⁶. Se la buona parte degli autori riunisce entrambe le modalità di intervento sotto al cappello della diversione⁹⁷, non manca chi riservi esclusivamente alla seconda categoria la denominazione in oggetto, nell’accezione in assoluto più stringente⁹⁸.

Una parte della dottrina, infatti, insiste nell’escludere dalla nozione di diversione tutti gli istituti che si risolvono nella mera rinuncia a perseguire il reato. Si allude a quegli strumenti che permettono di valutare l’irrilevanza o la tenuità di un fatto, soppesandone l’offensività in concreto, per espungerli dal sistema penale nel caso questa non sia tale da giustificare una reazione punitiva⁹⁹. Più voci continuano a sostenere che solo gli interventi

⁹⁵ Differenza esplicitata ad esempio in A. LINKE, *Diversionsstage*, cit., p. 5, quando afferma che la propria definizione ricomprende entrambe le situazioni (vedi note 81 e 83), e in D. DÖLLING, *Diversions*, cit., p. 275.

⁹⁶ Cfr. D. DÖLLING, *Diversions*, cit., p. 275: «Umstritten ist ferner, ob Diversion die Kopplung des Verzichtes auf eine strafrechtliche Sanktionierung mit einer informellen Reaktion voraussetzt oder ob auch beim schlichten Absehen von einer Strafverfolgung von Diversion gesprochen werden kann» («si discute poi se la diversione implichi necessariamente, insieme alla rinuncia alla sanzione penale, anche una reazione informale al reato, oppure se anche in caso di rinuncia semplice alla persecuzione penale possa parlarsi di diversione»).

⁹⁷ Cfr. D. DÖLLING, *Diversions*, cit., p. 275.

⁹⁸ In tal senso G. KAISER, *Aktuelle Ergebnisse kriminologischer Forschung*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n. 103, 1986, p. 4; M. WALTER, *Wandlungen in der Reaktion auf Jugendkriminalität – Zur kriminalischen, kriminalpolitischen und insbesondere dogmatischen Bedeutung von Diversion*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 95, 1983, pp. 33 s.; G.F. KIRCHOFF, *Diversionsprogramme in den USA*, cit., pp. 248 s.

⁹⁹ Esempi di tali istituti si trovano in tantissimi ordinamenti, pensiamo al § 153 dStPo, o § 191 öStPO, al *classement sans suite* francese, nonché, ovviamente, alla tenuità del fatto italiana ex art. 133 bis c.p., sul quale in ottica processuale si veda, fra tanti, P. BRONZO, *L’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Utet, Torino, 2015, p. 957; S. QUATTROCOLO, *L’altra faccia della medaglia, l’impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*, in *Criminalia*, 2016, p. 225; M. DANIELE, *L’archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedurali*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 42; E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2015; R. APRATI, *Le regole processuali della particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1317; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 82. L’istituto, nelle sue declinazioni già presenti nei sottosistemi processuali del rito minorile e della

del secondo tipo, quelli cioè che effettivamente sostituiscono il processo con “qualcosa” di “diverso”, meritano realmente il nome di “diversione”. In tal senso si afferma che «als prägendes Element einer Diversion eine Überweisung des Beschuldigten in ein außerstrafrechtliches Alternativprogramm stattfinden müsse, so dass damit alle informelle Verfahrenserledigungen, bei denen neben der Einstellung keine weitere Reaktion erfolgt, nicht erfasst [sind]»¹⁰⁰.

Ebbene, si ritiene di dover aderire a quest’ultima, più restrittiva, definizione, la sola pienamente coerente con quella che già nel 1984 era stata data ai fini della preparazione del XIII Convegno internazionale di diritto penale¹⁰¹. La stessa si rifaceva d’altra parte a sua volta alla primissima descrizione che della diversione era stata data al suo nascere¹⁰².

L’aderenza all’idea originaria e alle prime teorizzazioni della diversione è il primo, ma non l’unico motivo per cui si ritiene di dover abbracciare tale impostazione.

Il termine stesso, per le sue radici linguistiche, induce a propendere per siffatta soluzione. Una deviazione dalla strada originaria implica infatti che un percorso, seppure diverso, ci sia; fuori di metafora, che *qualcosa*, dopo il reato, accada.

giurisdizione di pace, era stato oggetto di studio, anche in una prospettiva *de jure condendo*, nel lavoro di C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁰⁰ «Quale elemento caratterizzante una forma di diversione dovrebbe sussistere l’affidamento dell’imputato ad un programma alternativo extra-penale, sicchè ogni conclusione anticipata del procedimento cui non si affianchi alcuna reazione ulteriore non vengono prese in considerazione», A. LINKE, *Diversionstage*, cit., pp. 3 s. In tal senso G. KAISER, *Aktuelle Ergebnisse kriminologischer Forschung*, cit., p. 4; M. WALTER, *Wandlungen in der Reaktion auf Jugendkriminalität*, cit., pp. 33 s.; G.F. KIRCHOFF, *Diversionprogramme in den USA*, cit., pp. 248 s.; riporta la tesi anche D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275: «Weiterhin ist der Begriff der Diversion zur Bezeichnung der Vorgehensweise geprägt worden, in denen der Verzicht auf eine förmliche Sanktionierung mit einer informellen Reaktion zur Behandlung des Täters oder zur Konfliktregelung verknüpft wird» (inoltre la nozione di diversione è stata utilizzata per indicare itinerari procedurali in cui alla rinuncia alla sanzione formale viene affiancato un percorso di trattamento del reo di tipo informale o la risoluzione extragiudiziale del conflitto). Cfr. anche G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 314 s.

¹⁰¹ Si tratta della definizione già citata: «diversion refers to [...] 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». Stando alla lettera di tale definizione appare chiaro che resta esclusa ogni interruzione del processo cui non segua alcun tipo di „programma non penale“. Ciò viene rilevato anche da G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 315, che nota: «Aus dieser Definition fällt die schlichte Einstellungspraxis heraus, die aber unter der Bezeichnung „simple diversion“, „diversion to nothing“ in die internationale Diskussion mit einbezogen wird». Ciononostante lo stesso documento preparatorio e i successivi rapporti nazionali, si riferiscono in più passaggi alla diversione „semplice“ o „senza intervento“, in qualche modo disattendendo la definizione data inizialmente, cfr. L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI *General Report*, in *Dejudiciarisation (Diversion) et Mediation, Actes du Colloque International tenu à Tokyo, Japon, 14-16 mars 1983, Revue Internationale de Droit Pénale*, 1983, p. 898.

¹⁰² «In terms of process, diversion implies halting or suspending formal criminal or juvenile justice proceedings against a person who has violated a statute, in favor of processing through a noncriminal disposition or means», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 73. Si tratta di una prima definizione di diversione compiuta, come rilevato anche da G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, cit., p. 315: «Die Definition entsprach schon damals ziemlich genau derjenigen, die der Japaner Ryuichi Hirano seinem Kommentar zum Thema III des kommenden Strafrechtskongress [...] zugrunde gelegt hat» (la definizione corrispondeva con relativa precisione a quella stilata dal giapponese Ryuichi Hirano nel commento in tema per il vicino congresso di diritto penale).

Chi al contrario vuole comprendere nell'alveo della diversione anche le normative afferenti all'irrelevanza o alla tenuità del fatto sostiene, per controbattere, che già l'instaurarsi del processo, l'eventuale interrogatorio, l'udienza iniziale, costituiscano un *qualcosa* che accade a seguito del reato, che quindi una certa reazione sussista, nello specifico reputata sufficiente ai fini degli obiettivi di prevenzione speciale e generale¹⁰³. L'obiezione tuttavia non è pertinente, poiché la reazione al reato, in questo caso, non si discosta affatto dalla strada normale prevista in tali casi, ovvero l'instaurazione di un processo penale. Dunque non di deviazione si può parlare, non di *diversion*, ma di una semplice rinuncia a perseguire l'illecito o, restando nell'alveo della metafora cartografica, di una strada che si interrompe, senza essere deviata.

3.3. *La differenziazione dai procedimenti speciali.*

Un'ultima puntualizzazione si rende necessaria per circoscrivere definitivamente l'oggetto del nostro studio e sgomberare il campo da ogni equivoco: le alternative al processo sono cosa assai diversa dai riti alternativi o procedimenti speciali¹⁰⁴.

La puntualizzazione è d'obbligo dal momento che proprio un istituto come la messa alla prova per adulti, che, seguendo la definizione qui fornita di alternativa al processo, ne guadagna a pieno titolo la qualifica, è stata collocata dal legislatore italiano accanto ai riti speciali, come se ne integrasse una nuova ipotesi.

La scelta è dovuta alla mancanza di una riflessione diffusa e approfondita sul tema della diversione, da cui l'ambiguità irrisolta nel definire la natura dell'istituto che si riversa anche nella sua imprecisa collocazione sistematica all'interno del codice¹⁰⁵. In altre parole, poiché in Italia il tema delle alternative al processo ha stentato a radicarsi, risultava complesso inserire *ex novo* tale categoria nel codice di rito, ciò che invece

¹⁰³ Cfr. D. DÖLLING, *Diversion*, cit., p. 275: «[es wird] auch die folgenlose Einstellung des förmlichen Strafverfahrens angesprochen, denn die Einleitung der Strafverfolgung, mag sie auch mit einer folgenlose Einstellung enden, stellt bereit eine gewisse offizielle Reaktion auf die Tat dar» («si prende in considerazione anche la chiusura anticipata del procedimento senza conseguenze, poiché già solo l'avvio della persecuzione penale, se anche si conclude con un'archiviazione semplice, costituisce di per sé una qualche reazione ufficiale al reato»). Proprio così però ci si contraddice, perché la reazione di diversione non dovrebbe coincidere con quella "ufficiale", ordinaria, ma con un'alternativa.

¹⁰⁴ Procedimenti speciali di cui, nel nostro codice di procedura penale, agli artt. 438 ss. Ciò era già chiaro agli albori della carriera della diversione, quando si precisava nei primissimi documenti che ne circoscrivevano l'operatività: «Activities such as plea bargaining and charge reductions have sometimes been referred to as diversion. Again, however, such efforts are not directed at halting all official processing and thus should not be characterized as diversion», NATIONAL ADVISORY COMMISSION, *Corrections*, cit., p. 73.

¹⁰⁵ Cfr. cap. V.

avveniva, ad esempio, in Austria, a seguito di un ampio dibattito e una lunga sperimentazione sul campo¹⁰⁶.

Preme dunque in questa sede sottolineare la differenza concettuale che intercorre fra un rito alternativo rispetto a un'alternativa *al* rito. Per far ciò occorre innanzitutto individuare quali sono i punti di contatto che potrebbero indurre a considerare le alternative *al* processo e le alternative *del* processo come istituti affini, operanti sullo stesso piano.

Intendendo per “rito alternativo”, o “procedimento speciale”, una modalità differenziata – rispetto al procedimento ordinario, integro di tutte le sue fasi – di espressione del processo penale, ovvero una sua “variante”¹⁰⁷, occorre constatare innanzitutto che tanto le alternative al processo quanto i riti speciali, si risolvono in una procedura¹⁰⁸. Entrambi gli istituti, cioè, risultano costituiti da una sequenza ordinata di atti, seppure con livelli differenziati di formalizzazione, volti ad un determinato fine, ed entrambi meritano in tal senso l'appellativo di *procedimenti*¹⁰⁹. Gli istituti delle due specie, poi, integrano una risposta pubblica dello Stato a fronte del sospetto della commissione di un reato. L'una e l'altra trovano cioè la loro origine e la loro ragion d'essere in un'accusa di tipo penale – meglio, in una *notitia criminis* – e vedono come attori fondamentali gli organi pubblici della giustizia, investiti del compito di reagire all'eventuale violazione della legge in nome della collettività in generale, e in nome della persona offesa dal reato in particolare.

Queste le caratteristiche che accomunano i procedimenti alternativi da un lato e le alternative al processo dall'altro. Ciò non sembra tuttavia sufficiente ad ascrivere i due istituti, ad esempio la messa alla prova e il rito abbreviato, al medesimo *genus*.

Per motivare questa affermazione occorre osservare più da vicino la natura dei procedimenti speciali.

Sotto la vigenza del vecchio codice, che non prevedeva alcuna chiara catalogazione dei riti speciali ma conteneva comunque tutta una serie di procedimenti differenziati pur se non sistematizzati, ci si chiedeva quale fosse la natura del rito speciale, cosa lo definisse

¹⁰⁶ Cfr. cap. II, § 3.2.

¹⁰⁷ Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, 6° ed., Utet, Torino, 2015, p. 553: «Rispetto a questo schema la vigente normativa processuale prevede diverse varianti».

¹⁰⁸ «Il concetto di “procedimento speciale” [...] postula un riferimento alla dinamica processuale e va definito per differenza specifica rispetto al concetto di procedimento ordinario di primo grado», R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 8° ed., Cedam, Padova, 2016, p. 593.

¹⁰⁹ Essi, come tutti i procedimenti, sono composti infatti da «una serie di atti, compiuti in una forma e in un tempo prescritti», F. CORDERO, *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 4.

tale, quali istituti meritassero simile appellativo¹¹⁰. Una dottrina, poi rivelatasi ampiamente minoritaria, ne ipotizzò il carattere di “istituti processuali di carattere complementare”. Essi sarebbero stati identificabili in virtù dell’oggetto del procedere, perché diverso da quello del rito penale. Secondo simile definizione dovevano essere considerati riti speciali, ad esempio, quelli che portavano all’indulto, alla grazia, i procedimenti che regolavano i rapporti giurisdizionali tra le autorità italiane e quelle straniere, e così via¹¹¹.

Già allora la dottrina maggioritaria si orientava tuttavia in un’altra direzione. In diretta risposta all’orientamento citato si affermava che «la specialità del procedimento non deriva dalla specialità dell’oggetto del rapporto, ma soltanto dalla sua forma derogativa della forma ordinaria. Si può parlare di procedimento speciale laddove il procedimento avrebbe dovuto essere quello ordinario ma il legislatore ha ritenuto di regolare un procedimento particolare»¹¹². Secondo tale impostazione, cioè, non è l’oggetto del procedimento speciale a differenziare il rito speciale rispetto al procedimento ordinario; a cambiare sarebbero solo le forme in cui quest’ultimo si esplica¹¹³.

Parlare di oggetto del procedimento significa parlare del suo obiettivo, della sua finalità. Il medesimo autore esplicita il passaggio logico affermando che «il procedimento speciale è una specificazione del procedimento ordinario ed il processo si conforma a determinate situazioni in relazione alle quali la forma speciale è ritenuta più idonea a raggiungere lo scopo del processo in un particolare temperamento delle esigenze di giustizia con le esigenze di certezza. [...] Nel procedimento speciale l’oggetto è sempre il medesimo, l’oggetto proprio della vincolazione principale e, quindi, del processo principale; appunto per ciò il processo principale può assumere tanto la forma del procedimento ordinario quanto la forma del procedimento speciale»¹¹⁴. Si identifica così

¹¹⁰ Cfr. G. PAOLOZZI, *I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado*, in A. GAITO (a cura di), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989, pp. 33 s.

¹¹¹ U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Giuffrè, 1952, Giuffrè, Milano, p. 39.

¹¹² G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Utet, Torino, 1956, p. 25.

¹¹³ L’autore precisa: «Ne deriva che non può parlarsi di procedimento speciale, quando per l’oggetto particolare il procedimento ordinario non avrebbe potuto essere applicato. Il procedimento ordinario costituisce il tipo, la cui regolamentazione è basata sul presupposto di determinati principi e su determinate forme fondamentali; il procedimento speciale ne costituisce il sottotipo, in cui alcuni o tutti dei principi e delle forme tipiche risultano modificati o sostituiti», G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari*, cit., p. 25.

¹¹⁴ G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari*, cit., p. 27. Già prima d’altronde si affermava che i riti speciali «nello stesso tempo che sono incompleti, dovendo pur sempre soddisfare alle fondamentali esigenze del processo sono disciplinati da norme peculiari che valgono a supplire e integrare gli elementi difettosi», così da GUGL. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, II, Casa del Libro, Catania, 1949, pp. 236 s., come parafrasato da G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari*, cit., p. 23, corsivo nostro. La stessa dottrina civilistica, in epoca ancora antecedente, aveva

quale tratto caratterizzante del procedimento speciale l'identità dello scopo perseguito con quello del rito ordinario, da cui consegue l'interscambiabilità delle forme.

Fu questa seconda ricostruzione ad imporsi nella dottrina, e su questa impostazione il legislatore dell'88 costruì il libro VI del Codice di procedura penale, sistematizzando e ordinando istituti già presenti nel vecchio codice¹¹⁵, aggiungendone di nuovi¹¹⁶ e ponendo tutti sotto la comune nomenclatura di "procedimenti speciali"¹¹⁷.

Vi è generale unanimità nel ritenere che i procedimenti speciali condividano, pur traducendosi in forme diverse, il medesimo scopo e il medesimo oggetto del rito ordinario, chiamando il giudice a rispondere alla domanda di merito sottesa all'accusa penale e nel caso ad applicare la norma punitiva. Così si parla di «forme procedurali la cui regolamentazione diverge dallo schema tipico che, tuttavia, perseguono la finalità propria del procedimento ordinario, che resta quella dell'attuazione della legge penale»¹¹⁸. O ancora si dice che «sono "speciali" [...] quei riti "differenziati" che, per ragioni di economia procedimentale o per scopi di mera premialità, consentono un'anticipazione della pronuncia di merito»¹¹⁹. Che le implicazioni dei riti alternativi siano le stesse di quelle del procedimento ordinario è rimarcato da chi ricorda come «quando si parla di procedimenti semplificati, è la procedura ad essere semplificata, le

espresso il medesimo principio per cui, «di fronte al procedimento ordinario, disteso e spiegato, presentano il carattere di una abbreviazione e compendiosità di forme (da cui la loro denominazione) che permette di arrivare con rapidità, quasi per una scorciatoia, *alla stessa meta* alla quale porterebbe per una via più lunga il procedimento ordinario: la differenza non attiene, dunque, agli effetti del provvedimento finale, ma alla maggiore rapidità con la quale si riesce per questa via ad ottenere il provvedimento», P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2° ed., Cedam, Padova, 1943, p. 188.

¹¹⁵ Ne è un esempio il vecchio rito monitorio, oggi ribattezzato decreto penale di condanna, cfr. G. PAOLOZZI, *Il procedimento per decreto*, in A. GAITO (a cura di), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989, p. 131.

¹¹⁶ Novità introdotte dal legislatore, peraltro con un carico di aspettativa e una funzione centrale nella costruzione del nuovo processo penale di stampo accusatorio, cfr. la *Relazione al progetto preliminare*, in *Gazzetta Ufficiale*, 24 ottobre 1988, *Supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24 ottobre 1988, serie generale*, dove si dice che proprio ai procedimenti speciali «è affidata in gran parte la possibilità del funzionamento del procedimento ordinario, che prevede meccanismi di formazione della prova particolarmente garantiti, e quindi non suscettibili di applicazione generalizzata».

¹¹⁷ Se nelle legislazioni previgenti era la scarsa gravità dei fatti oggetto di accusa a giustificare una semplificazione delle forme, «recente è invece la tendenza ad attuare semplificazioni dell'ordinario svolgimento processuale, promuovendo con incentivi premiali la rinuncia dell'imputato alla fase dibattimentale [...]», R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 594.

¹¹⁸ Più diffusamente vi si afferma: «la locuzione procedimenti speciali segnala convenzionalmente, tanto nel vecchio quanto nel nuovo impianto, forme procedurali la cui regolamentazione diverge dallo schema tipico che, tuttavia, perseguono la finalità propria del procedimento ordinario, che resta quella dell'attuazione della legge penale con particolare riguardo, nell'ambito del diritto processuale penale, alla risoluzione del conflitto fra diritto soggettivo statutale di punire e diritto di libertà dell'imputato», G. PAOLOZZI, *I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado*, in A. GAITO (a cura di), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989, p. 35.

¹¹⁹ M. FERRAIOLI, *Giudizio abbreviato*, in A.A. DALIA (a cura di), *I procedimenti speciali*, Jovene, Napoli, 1989, p. 4.

formalità, non certo la decisione che deve essere attentamente meditata e basata su prove»¹²⁰.

Costituiscono procedimenti speciali, dunque, quelle forme differenziate del procedimento penale che, per ragioni di economia e ottimizzazione delle risorse disponibili¹²¹, semplificano il rito ordinario¹²² decurtandone alcuni segmenti o modificandone le regole di giudizio, ma che con lo stesso condividono l'orizzonte finalistico di accertamento della responsabilità¹²³ e di eventuale applicazione della legge punitiva, seppure con regole talvolta differenti¹²⁴.

Proprio la coincidenza dello scopo immediato che accomuna i riti speciali e il rito ordinario costituisce l'elemento dirimente per il quale i primi non possono e non devono essere posti sullo stesso piano delle alternative al processo. Il fine cui i riti speciali da un lato, e le forme di diversione dall'altro, sono preordinati rivela la intrinseca ed ineliminabile differenza fra i due modelli procedurali.

Con la diversione l'ordinamento rinuncia *in toto* a dichiarare responsabile o non responsabile la persona sottoposta a processo. Quella domanda, orizzonte naturale di ogni giudizio penale – azione o archiviazione, condanna o proscioglimento – è qui messa da parte. Il giudice, o prima ancora il pubblico ministero, non è chiamato a rispondervi. Vi è una rinuncia all'azione o alla sua prosecuzione, una complessiva rinuncia all'accertamento¹²⁵.

Che cosa giustifichi tale rinuncia, come questa possa essere legittimata in uno Stato di diritto imperniato sul principio di legalità e di presunzione di non colpevolezza, è ciò che vuole essere indagato nei prossimi capitoli. Per ora basti chiarire che parlare di alternative

¹²⁰ P. TONINI, *I procedimenti semplificati*, in D. SIRACUSANO, G. BARONE (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia, 14-15 aprile 1988, Padova, Cedam, 1989, p. 102.

¹²¹ «La semplificazione della procedura caratterizzante, senza distinzione, tutti i riti speciali persegue l'obiettivo unitario della definizione celere, cioè anticipata, del procedimento», G. PAOLOZZI, *I meccanismi di semplificazione*, cit., p. 36. Cfr. anche R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 688: «un'esigenza economica sta al fondo delle disposizioni che regolano i vari procedimenti speciali».

¹²² «L'aggettivo "speciale", nel nuovo codice, significa unicamente semplificazione delle forme, vale a dire, snellimento del processo ordinario», G. PAOLOZZI, *I meccanismi di semplificazione*, cit., p. 35. Sul punto si esprime in maniera esplicita anche la *Relazione al progetto preliminare*, in *Gazzetta Ufficiale*, 24 ottobre 1988, *Supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24 ottobre 1988, serie generale*, p. 103.

¹²³ Anche i procedimenti speciali dove il consenso esplicito o implicito dell'imputato gioca un ruolo importante e sembra sopperire a un contenuto "accertativo" apparentemente inesistente, hanno in sé la medesima struttura tipicamente processuale. Nel patteggiamento infatti è obbligatoria la valutazione in ordine al possibile proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p. In caso di emissione di un decreto penale di condanna il giudice deve comunque enunciare i motivi di fatto e di diritto a fronte della richiesta del pubblico ministero, e dunque una forma di accertamento è così garantita. Per tale ricostruzione, cfr. G. PAOLOZZI, *I meccanismi di semplificazione*, cit., pp. 46 e 47.

¹²⁴ In altre parole, i riti speciali sono sì alternativi, ma non rispetto al giudizio *tout court*, bensì rispetto al giudizio operato nelle forme del rito ordinario; si tratta cioè di «procedure alternative rispetto a quella prevista come ordinaria», R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 594.

¹²⁵ Di più sul punto si dirà ai capp. IV e VI.

al procedimento significa parlare di un istituto che nulla ha a che fare con i riti speciali. Questi si inscrivono pienamente nella logica classica del processo: *verificare l'ascrivibilità di un fatto ad una determinata persona*. Quelli se ne discostano totalmente. Non si limitano a semplificare l'*iter* naturale del processo, ma lo mettono completamente da parte per sostituirlo con altro.

3.4. *Un tentativo di definizione.*

Non resta che fornire una definizione di diversione, o di alternativa al processo, nell'accezione che viene accolta ai fini del presente lavoro.

Entrambe le denominazioni saranno utilizzate per indicare ogni deviazione dal procedimento penale che intervenga fra l'acquisizione della notizia di reato e la sentenza di merito e che comporti per l'indagato o l'imputato la partecipazione a un percorso non penale il cui esito sia in grado di determinare alternativamente la rinuncia alla persecuzione penale del reato contestato o la prosecuzione del rito nelle vie ordinarie.

Capitolo II

La diversione in Europa. Fonti sovranazionali e ordinamenti nazionali

1. La diversione nelle fonti delle Nazioni Unite.

La crescente attenzione venutasi a creare intorno alla tematica delle alternative al processo, per come ideate nel contesto nordamericano e poi trasposte in altri ordinamenti, ha progressivamente indotto anche gli organismi internazionali ad interessarsi del funzionamento e delle specificità di simili strumenti.

Già nel 1985, nell'ambito del *VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti*, l'O.N.U. incoraggiava la «previsione di procedure conciliative per garantire un migliore accesso alla giustizia», nonché la «partecipazione della collettività» alla gestione della conflittualità per mezzo di «sistemi non giudiziari di risoluzione delle controversie, improntate alla mediazione»¹.

Il primo esplicito riferimento alla diversione è rinvenibile di lì a poco in alcuni documenti che, pur essendo di *soft law* e non avendo dunque valore vincolante, si apprestano comunque ad influenzare l'indirizzo politico e legislativo dei singoli ordinamenti e a fornire loro uno strumento utile per l'interpretazione delle rispettive normative interne.

Tra questi, specificamente nell'ambito della giustizia minorile, le cosiddette Regole di Pechino, ovvero le *Regole minime concernenti l'amministrazione della giustizia per i minori*, del 1985². L'art. 11, intitolato in inglese espressamente *Diversion*, al primo comma afferma che «*consideration shall be given, wherever appropriate, to dealing with juvenile offenders without resorting to formal trial by the competent authority*»³. Nel

¹ «*Principes directeurs relatifs à la prévention du crime et à la justice pénale dans le contexte du développement et d'un nouvel ordre économique international*», rispettivamente § 27 (*Libre accès au système judiciaire*) e § 28 (*Participation de la collectivité*), Organizzazione delle Nazioni Unite, *VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti* (Milano, 1985), O.N.U., New York, 1986.

² Organizzazione delle Nazioni Unite, *Ensembles des Règles minima des Nations Unies concernant l'administrations de la justice pour les mineurs (Règles de Beijing)*, O.N.U., New York, 1986.

³ Organizzazione delle Nazioni Unite, *Ensembles des Règles minima*, cit. La norma prosegue: «2. The police, the prosecution or other agencies dealing with juvenile cases shall be empowered to dispose of such cases, at their discretion, without recourse to formal hearings, in accordance with the criteria laid down for that purpose in the respective legal system and also in accordance with the principles contained in these Rules. [...] 4. In order to facilitate the discretionary disposition of juvenile cases, efforts shall be made to provide for community programmes, such as temporary supervision and guidance, restitution, and compensation of victims».

commento allegato alle singole disposizioni delle Regole viene esplicitata, con evidente riferimento alle elaborazioni criminologiche statunitensi, la *ratio* dell'istituto; essa consisterebbe nell'impedire, ogniqualvolta ciò risulti possibile, lo sviluppo delle dinamiche stigmatizzanti proprie del processo penale e delle altre conseguenze negative, in capo all'imputato ma anche in capo alla vittima specie se minorenni, correlate alla sua celebrazione⁴. Presupposto indefettibile per dare avvio alla diversione è, secondo le Regole minime, il consenso del minore, di un genitore o del tutore, consenso la cui sussistenza può essere oggetto di verifica apposita da parte di un organo superiore competente (art. 11, § 3)⁵.

Nelle traduzioni italiane che sono state date del testo ci si riferisce sul punto a «misure extra-giudiziarie»⁶, e non invece ad «alternative al processo» o a una «rinuncia al processo», terminologia questa adottata nella versione tedesca⁷. Si tratta di un primo indice di come la discussione riguardo la possibilità di far venire meno *ab origine* il processo penale, anche solo in ambito minorile, faticasse ad entrare nel lessico, e dunque nella discussione, italiana⁸.

Una trasposizione normativa delle Regole di Pechino è rinvenibile nel *Model Law on Juvenile Justice* del 1998, documento che predispone un modello legislativo atto a facilitare la recezione delle Regole in normative nazionali coerenti con i principi enunciati in quella sede. Nella parte dedicata alle indagini preliminari⁹ si prevede sia la possibilità di archiviare un caso senza che a ciò si accompagni alcuna conseguenza specifica (archiviazione c.d. semplice, nr. 3.2.4 comma 1), sia l'eventualità che l'archiviazione venga fatta dipendere da una riconciliazione con la persona offesa o dall'avvenuta

⁴ Per una lettura sistematica delle Regole nell'ottica della diversione, cfr. A. LINKE, *Diversionstage in Nordrhein- Westfalen*, Lit Verlag, Berlin, 2011, p. 16.

⁵ «Any diversion involving referral to appropriate community or other services shall require the consent of the juvenile, or her or his parents or guardian, provided that such decision to refer a case shall be subject to review by a competent authority, upon application», art. 11, § 3, Regole di Pechino.

⁶ Il testo è rinvenibile in www.giustiziaminorile.it.

⁷ Cfr. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht*, Forum-Verl. Godesberg, Mönchengladbach, 2001.

⁸ Cfr. *infra*, § 4.

⁹ L'articolato è strutturato secondo due modelli paralleli, di modo da risultare spendibile tanto negli ordinamenti il cui sistema processuale sia improntato al modello accusatorio, con una chiara predominanza del pubblico ministero nella fase delle indagini, quanto nei sistemi di stampo inquisitorio, con la presenza di un giudice istruttore dotato di ampi poteri di ricerca della prova. Le norme previste per le forme di diversione tuttavia sono identiche, e in entrambe le ipotesi essa viene assegnata alla competenza del pubblico ministero. Cfr. sul punto H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die „Instrumente“ der Vereinten Nationen zur Jugendgerichtsbarkeit*, in BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht*, Forum-Verl. Godesberg, Mönchengladbach, 2001, p. 30.

riparazione del danno (archiviazione condizionata, nr. 3.2-5 commi 1 e 5)¹⁰. Il modello prospetta poi una forma di diversione successiva all'esercizio dell'azione penale, che prevede la proposta da parte del giudice di adire la strada alternativa. Essa sarebbe percorribile, secondo l'impostazione presentata nel prototipo, a condizione che sussista una sufficiente chiarezza circa l'andamento dei fatti per come emersi dal sostrato probatorio, che le circostanze che riguardano il fatto e la situazione personale dell'imputato siano tali da rendere inopportuna la prosecuzione del processo e infine che il fatto non sia stato compiuto con dolo («[die] Tatbegehung nicht auf eine absichtliche Begehungsweise schließen lässt»)¹¹.

Anche l'art. 5.1 delle *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* invita a costruire percorsi alternativi al procedimento penale classico, cosa che viene ritenuta possibile e auspicabile quando il processo non sia necessario ai fini della sicurezza della società, della prevenzione generale e speciale o per la tutela dei diritti della persona offesa dal reato¹². Di centrale importanza, per assicurare il rispetto del principio di uguaglianza e di legalità, è la fissazione di criteri certi e definiti, con normative appositamente predisposte in ciascun sistema legale, per regolare l'accesso a simili istituti¹³. Ciò senza tuttavia dimenticare la necessaria flessibilità dello strumento ai fini di una efficace individualizzazione dell'intervento sulle esigenze e sulle specificità del singolo caso¹⁴.

Un altro riferimento esplicito alla diversione è rinvenibile all'art. 58 delle *United Nation Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency* (c.d. *Riyadh Guidelines*): «Law enforcement and other relevant personnel, of both sexes, should be trained to respond to the special needs of young persons and should be familiar with, and use, to the maximum extent possible, programs and referrals possibilities for the diversion of young persons from the justice system»¹⁵. L'accesso a forme di diversione viene auspicata quale

¹⁰ Con ciò l'O.N.U. accogliendo una concezione ampia di *diversion*, comprendente tanto il modello "con intervento" quanto quello "semplice", cfr. cap. I, § 3.

¹¹ Cfr., per un commento generale, H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die „Instrumente“ der Vereinten Nationen zur Jugendgerichtsbarkeit*, cit., pp. 19 ss., e A. LINKE, *Diversionstage*, cit., p. 17.

¹² L'articolo, denominato *Pretrial dispositions*, recita: «Where appropriate and compatible with the legal system, the police, the prosecution service or other agencies dealing with criminal cases should be empowered to discharge the offender if they consider that it is not necessary to proceed with the case for the protection of society, crime prevention or the promotion of respect for the law and the rights of victims [...]. For minor cases the prosecutor may impose suitable non-custodial measures, as appropriate».

¹³ «For the purpose of deciding upon the appropriateness of discharge or determination of proceedings, a set of established criteria shall be developed within each legal system», art. 5.1, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*.

¹⁴ Cfr. § 2.3, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*.

¹⁵ Rinvenibile in www.un.org.

strada ‘familiare’ agli operatori della giustizia in ambito minorile, da utilizzare con la massima estensione possibile.

Ancora un altro riferimento alla diversione è rinvenibile nella Convenzione sui Diritti dell’Infanzia. All’art. 40, comma 3, lett. b), si legge infatti che gli Stati firmatari si «sforzano di promuovere l’adozione di leggi, di procedure, la costituzione di autorità e di istituzioni destinate specificamente ai fanciulli¹⁶ sospettati, accusati o riconosciuti colpevoli di aver commesso reato, e in particolar modo [...] di adottare provvedimenti ogni qualvolta ciò sia possibile e auspicabile per trattare questi fanciulli senza ricorrere a procedure giudiziarie rimanendo tuttavia inteso che i diritti dell’uomo e le garanzie legali debbono essere integralmente rispettate [...]»¹⁷. In luogo del processo viene di nuovo proposto l’utilizzo di strumenti diversificati che permettano un accompagnamento del minore improntato al sostegno delle fragilità specificamente individuate. Pur non nominando esplicitamente la diversione, l’assonanza con tale tipo di strumento è evidente¹⁸.

Con la Risoluzione 12/2002¹⁹, infine, le Nazioni Unite si sono cimentate in modo organico con il tema della giustizia riparativa²⁰, incentivandone l’utilizzo «at any stage of the criminal justice system»²¹, e così fornendo indirettamente indicazioni anche con riguardo alle alternative al processo. Nello specifico, si raccomanda il rispetto rigoroso della natura consensuale dell’istituto²². La volontarietà dell’adesione al percorso alternativo deve essere supportata da una piena consapevolezza circa i diritti, il tipo di

¹⁶ Ove per fanciullo si intende una persona che non abbia compiuto i 18 anni, salvo diversa disciplina della maggiore età venga all’interno della disciplina nazionale, cfr. art. 1 della Convenzione.

¹⁷ In www.unicef.it.

¹⁸ Nell’originale, si incoraggia ad utilizzare «whenever appropriate and desirable, measures for dealing with such children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected. 4. A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence», art. 40 co. 3 lett. b), *Convention on the Rights of the Child* - Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly, Resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49», in www.ohchr.org.

¹⁹ UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, Risoluzione n. 12/2002, adottata il 26 febbraio 2002.

²⁰ Sul quale, cfr. *infra*, cap. IV, § 2.

²¹ Sez. II, § 6, *Basic Principles*, cit.

²² «Restorative processes should be used only [...] with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process», § 7, *Basic Principles*, cit. Il § 13, che stabilisce gli standard minimi con riguardo ai «fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness», alla lett. c), precisa: «Neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes».

percorso che si intraprende e le conseguenze che comporta²³, consapevolezza da acquistare con l'apporto del sapere tecnico di un difensore e, se del caso, assicurando la piena comprensione linguistica tramite l'ausilio di interpreti e traduttori²⁴. Il consenso a partecipare a simili programmi non può tuttavia essere letto in sede giudiziaria alla stregua di una confessione formale e non è quindi utilizzabile come prova contro l'imputato²⁵.

Particolare attenzione viene poi data al tema della confidenzialità che deve caratterizzare gli scambi intercorsi al di fuori del contesto giudiziario: «Discussions in restorative processes that are not conducted in public should be confidential, and should not be disclosed subsequently, except with agreement of the parties or as required by national law»²⁶.

Infine l'esito dell'alternativa al processo, se positivo²⁷, deve essere in grado di influenzare la decisione del giudice, di cui si auspica una supervisione sul percorso svolto e sugli accordi extragiudiziari assunti²⁸. Questi ultimi devono essere connotati da proporzionalità e ragionevolezza²⁹, nonché assumere una vincolatività tale da garantire il rispetto del principio del *ne bis in idem*, impedendo un secondo giudizio sullo stesso fatto. Si statuisce infatti che «where that occurs, the outcome should have the same status as any other judicial decision or judgement and should preclude prosecution in respect of the same facts»³⁰.

²³ «Before agreeing to participate in restorative processes, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the processes and the possible consequences of their decisions», § 13, lett. b), *Basic Principles*, cit.

²⁴ «Subject to national law, the victim and the offender should have the right to consult with legal counsel concerning the restorative process and, where necessary, to translation and/or interpretation. Minors should, in addition, have the right to the assistance of a parent or guardian», § 13, lett. a), *Basic Principles*, cit.

²⁵ «Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings», e questo malgrado «the victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation», § 8, *Basic Principles*, cit. Il punto sarà ampiamente discusso al capitolo VI.

²⁶ § 14, *Basic Principles*, cit.

²⁷ Nel caso non sia possibile portare a termine il percorso alternativo, secondo il § 11 dei Principi Base la vicenda rientra nell'ambito della giustizia ordinaria e la decisione degli organi giurisdizionali deve intervenire «senza ritardo».

²⁸ «The results of agreements arising out of restorative justice programmes should, where appropriate, be judicially supervised or incorporated into judicial decisions or judgements», § 15, *Basic Principles*, cit.

²⁹ «Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations», § 7, *Basic Principles*, cit.

³⁰ § 15, seconda parte, *Basic Principles*, cit.

2. Piccola e grande Europa di fronte alle alternative al processo

L'eco della diversione, con la proposta di predisporre risposte a fatti penalmente rilevanti di natura extra-giudiziale, giunge anche in Europa e vi immette radici stabili. Le sperimentazioni positive di alcuni ordinamenti³¹, la discussione scientifica apertasi tra studiosi e operatori del campo³², non in ultimo le sempre più pressanti esigenze di deflazionare il carico giudiziario senza tuttavia mettere a rischio le garanzie fondamentali che presidiano i diritti dell'uomo³³, hanno suscitato l'interesse degli organismi europei nei confronti della possibilità di costruire e implementare forme di giustizia alternative al processo penale. L'importanza di favorire l'introduzione nei singoli ordinamenti di mezzi non giudiziari di intervento penale è stata così sottolineata in diverse sedi afferenti tanto alla 'piccola', quanto alla 'grande' Europa.

2.1. Le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa.

È soprattutto la c.d. 'Europa dei diritti' ad essersi occupata estesamente degli strumenti di *diversion*. L'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel porre gli *standard* minimi di tutela della persona sottoposta al procedimento penale³⁴, non esclude

³¹ Cfr. cap. I, § 2, nonché, per alcune esperienze specifiche, *infra*.

³² Cfr. gli Atti del Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto penale del 1983 sul tema 'Diversion and Mediation' (su cui specificamente v. cap. I, § 2), in *Rev. inter. dr. pén.*, 1983, o le *Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «diversion» e mediazione (Cairo, 1-7 ottobre 1984)*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 533; il documento dell'*American Bar Association* su *Victim/Offender Mediation/Dialogue* del 1994; la Dichiarazione di Lovanio nell'ambito della *I International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, Risks, and Problems for Research*, del 1997, i cui estensori precisano peraltro la piena applicabilità dei principi esposti anche nel sistema di giustizia per gli adulti. Sul punto, cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in A. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 90, nota 16.

³³ Sul tentativo operato in sede europea di indicare la via di un corretto bilanciamento tra esigenze di efficienza e celerità del processo con i diritti fondamentali incompressibili attraverso il ricorso a modelli consensuali di giustizia, cfr. per tutti la ricostruzione di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 175 ss.

³⁴ Per un commento ai contenuti dell'art. 6 Cedu, nella vastissima letteratura sul tema si v. M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2002, pp. 158 ss. Sull'incidenza delle norme convenzionali sull'ordinamento italiano, in particolare dopo le notissime sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 da un lato, e dopo l'entrata in vigore dell'art. 6 TUE, che le eleva al rango di principi generali del diritto comunitario dall'altro, cfr. M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 33 ss.; M. CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, *ivi*, pp. 31 ss.; B. PIATTOLI, *Diritto giurisprudenziale Cedu, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 262 ss.; V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2296 ss., nonché G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 371 s.

affatto – pur non affermandolo neppure³⁵ – che a quelle garanzie l'imputato possa rinunciare³⁶.

Si ammette in particolare la possibilità, non solo di rinunciare alle garanzie *nel* processo penale tramite forme di giustizia contratta a stampo negoziale³⁷, ma financo di predisporre percorsi radicalmente alternativi alla giustizia penale classica³⁸. Inutile dire che presupposto imprescindibile è costituito dal consenso dell'imputato, libero e informato, la cui volontarietà deve essere oggetto di un «controllo particolarmente rigoroso»³⁹.

Posta la praticabilità di principio di una rinuncia al giudizio in favore di forme alternative di risoluzione delle controversie, numerose sono le Raccomandazioni che fanno riferimento, direttamente o indirettamente, alla diversione, auspicandone un ampio utilizzo e normandone i possibili contenuti.

Il primo riferimento, seppure implicito e incidentale, è contenuto nella Raccomandazione R. (85) 11 in tema di tutela delle vittime⁴⁰. Con essa, alla II Sezione,

³⁵ Cfr. D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, Roma, 2016, p. 481.

³⁶ Cfr. Corte eur., 27 febbraio 1980, Deewer c. Belgio, n. 6903/76, § 49, in *cmiskp.echr.coe.int*. Sul ruolo del consenso nella rinuncia alle garanzie processuali, cfr. D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., pp. 481 ss. Tra le altre sentenze che hanno sancito la rinunciabilità dei diritti consacrati all'art. 6 Cedu, cfr. in particolare Corte eur., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, n. 34896/97, § 91, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1086. Sul punto si tornerà meglio al cap. VI.

³⁷ Per la distinzione tra il diritto 'al' processo e i diritti 'nel' processo, cfr. M. CHIAVARIO, *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, M. Delmas-Marty (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, 2° ed. it. a cura di M. CHIAVARIO, Cedam, Padova, 2001, p. 498.

³⁸ «Le norme sull'equo processo, tuttavia, non interdicono la messa in opera di procedure giudiziarie semplificate o addirittura di meccanismi di *diversion*, in cui non solo si snelliscono le garanzie ma si devia dal processo e dall'esercizio dell'azione penale», così A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 190. Cfr. sul punto anche M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1982, p. 75.

³⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 192. In questi termini Corte eur., 27 febbraio 1980, Deewer c. Belgio, n. 6903/76, §§ 50-56, cit. In particolare viene richiesto che l'imputato abbia assunto piena consapevolezza delle conseguenze della propria scelta e non sia sottoposto ad alcuna forma di pressione, diretta o indiretta. Ciò implica che non deve esservi neppure una sproporzione eccessiva tra i termini della decisione, dal momento che «quando il rapporto tra costi e benefici sia troppo favorevole, la volontaria sottoposizione al trattamento punitivo non potrebbe realmente considerarsi frutto di una libera scelta, poiché molti imputati innocenti accetterebbero di buon grado la sanzione mite piuttosto che affrontare le incognite derivanti dal pieno esercizio dei propri diritti difensivi», 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 *Cass. pen.*, 2012, p. 13. La garanzia di una piena coscienza nell'assunzione di decisioni tanto delicate sarebbe garantita dall'assistenza di un difensore, così M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 125. La questione del consenso alla diversione, posta la sua centralità, sarà affrontata specificamente al cap. VI.

⁴⁰ Per un commento sulle raccomandazioni del Consiglio d'Europa dedicate alla tutela delle vittime di reato, cfr. fra tutti M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 86 ss.; S. QUATTROCOLO, *La Corte europea fa il punto sullo status di vittima*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 158; M. CHIAVARIO, *La vittima del reato e la Convenzione europea dei diritti umani*, in AA.VV., *La vittima del reato questa dimenticata*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2001, p. 106.

§ 1, si raccomanda ai governi degli Stati membri di prendere in seria considerazione i vantaggi che possono conseguire all'adozione di strumenti di mediazione e schemi conciliativi⁴¹.

Più ampio spazio viene riservato alla regolamentazione di fenomeni abdicativi del processo nella Raccomandazione R. (87) 18, che affronta il tema della semplificazione del procedimento penale in ottica prevalentemente deflativa, pur nella tensione con il rispetto delle garanzie fondamentali di cui agli artt. 5 e 6 Cedu⁴². Particolare rilevanza viene data proprio agli strumenti che permettono di rinunciare all'esercizio dell'azione penale, differenziando le ipotesi di alternative al processo 'semplici' – che non comportano cioè alcuna prescrizione in capo alla persona interessata – dalle alternative 'con intervento', la cui efficacia è condizionata all'assolvimento di specifici impegni⁴³. Viene messa in luce la necessità di rispettare i principi di legalità e la presunzione di innocenza, tramite la predisposizione di criteri chiari e determinati a regolare l'accesso all'*iter* alternativo (Sez. I, lett. a), § 3), nonché la centralità del consenso, seppure con specifico riguardo ai percorsi che contemplano un coinvolgimento attivo dell'indagato, che deve essere libero e informato e non può essere considerato alla stregua di un'ammissione di colpevolezza (Sez. I, lett. a), § 12)⁴⁴. Particolare interesse riveste poi l'inciso secondo cui la decisione finale che determina la conclusione anticipata del procedimento non può in nessun caso essere considerata equivalente a una condanna (Sez. I, lett. a), § 9).

Il termine "*diversion*" compare la prima volta di lì a poco, nella R. (87) 20, in tema di giustizia minorile: la Sez. II – intitolata precisamente "*Diversion - mediation*" – incoraggia lo sviluppo di tali strumenti, soprattutto nella fase anteriore all'esercizio dell'azione penale⁴⁵.

La R. (87) 21 poi, in tema di tutela delle vittime e prevenzione di processi di vittimizzazione, pur non parlando espressamente di 'diversione', al § 17 spinge gli Stati

⁴¹ «To examine the possible advantages of mediation and conciliation schemes», COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomandazione R. (85) 11, on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure*.

⁴² COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomandazione R. (87) 18 concerning the simplification of criminal justice*.

⁴³ Cfr. COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomandazione R. (87) 18*, cit., Sez I, lett. a, §§ 6-11, cit.

⁴⁴ Da cui la conseguenza che in caso di esito negativo dell'alternativa al processo, l'adesione alla stessa non potrà costituire un elemento su cui fondare la eventuale condanna, a ciò opponendosi la vigenza della presunzione di innocenza, cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 206. La questione sarà ampiamente affrontata al cap. VI.

⁴⁵ Cfr. COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomandazione R. (87) 20, on social reactions to juvenile delinquency*, Sez II, § 2.

membri a cimentarsi nelle sperimentazioni sul terreno della mediazione penale, tanto su base nazionale quanto locale, e a valutarne i risultati con particolare attenzione in riferimento al livello di soddisfazione delle vittime del reato⁴⁶.

La Raccomandazione R. (95) 12, sulle modalità di gestione della giustizia penale, nel Preambolo presenta gli strumenti della decriminalizzazione, della depenalizzazione, ma anche della “*diversion*”, quali modalità utili a risolvere i problemi legati al sovraccarico della giustizia penale⁴⁷. Similmente, anche se sul diverso fronte del sovraffollamento carcerario, la Raccomandazione R. (99) 22 fa riferimento all’apporto che può essere dato nel contrasto al fenomeno dalle misure in grado di far venire meno *ab origine* il ricorso al processo penale⁴⁸.

L’ordine cronologico adottato imporrebbe di soffermarsi a questo punto sulla Raccomandazione R. (99) 19, in tema di mediazione penale, ma prima è bene menzionare brevemente le Raccomandazioni R. (2003) 20, di nuovo in tema di giustizia minorile, e R. (2006) 8, ancora sull’assistenza alle vittime di reato. La prima⁴⁹, che si prefissa di predisporre nuove risposte e nuovi metodi di intervento nell’ambito della criminalità giovanile, fa riferimento ad una auspicabile espansione del campo d’azione delle «alternatives to formal prosecution»⁵⁰. La seconda⁵¹, invece, dedica ampio spazio alla mediazione penale⁵², richiamando i contenuti della Raccomandazione ad essa specificamente dedicata.

⁴⁶ Cfr. COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomendation R. (87) 21, on assistance to victims and the prevention of victimization*, § 17.

⁴⁷ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomendation R. (95) 12, on the management of criminal justice*, Preamble.

⁴⁸ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomendation R. (99) 22, concerning prison overcrowding and prison population inflation*, § 10.

⁴⁹ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomendation R. (2003) 20, concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice*.

⁵⁰ Nello specifico si afferma: «Expansion of the range of suitable alternatives to formal prosecution should continue. They should form part of a regular procedure, must respect the principle of proportionality, reflect the best interest of the juvenile and, in principle, apply only in cases where responsibility is freely accepted», Sez. II, § 7, R. (2003) 20, cit.

⁵¹ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomendation R. (2006) 8 on assistance to crime victims*.

⁵² Vi si legge, per quanto è di maggiore interesse rispetto alle ipotesi di deprocessualizzazione, che deve essere riposta specifica attenzione a determinati punti: «ability of the parties to give free consent, issues of confidentiality, access to independent advice, the possibility to withdraw from the process at any stage and the competence of mediators», § 13.3, R. (2006) 8, cit.

Quest'ultima, la Raccomandazione R. (99) 19⁵³, rappresenta una pietra miliare in tema di mediazione penale⁵⁴; essa stabilisce con chiarezza le caratteristiche fondamentali di simile strumento, enuclea i rischi maggiori che si corrono nel ricorrervi e indica soluzioni normative capaci di rendere la mediazione applicabile nei diversi contesti e nelle diverse fasi della giustizia penale. Pur non menzionando espressamente la diversione quale sede in cui può avvenire l'incontro delle parti, si prevede che i programmi di mediazione siano «generalmente fruibili» e soprattutto «utilizzati in ogni stato e grado del procedimento»⁵⁵, dunque anche prima di una sentenza o della stessa azione penale. L'accesso alla mediazione deve avvenire su espresso consenso delle parti⁵⁶, ai contenuti degli scambi che avvengono in quella sede deve essere garantita la massima confidenzialità e deve esserne sancita l'inutilizzabilità in altra sede, salvo diverso accordo fra le parti⁵⁷. In generale alla mediazione va assicurata una sufficiente autonomia dal contesto giudiziario⁵⁸, pur dovendosi garantire una efficace integrazione con il sistema di giustizia ordinario⁵⁹. Il § 14 ricorda come, sebbene la partecipazione al programma alternativo

⁵³ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Reccomandazione R. (99) 19 concerning mediation in penal matters*, la cui redazione si deve in massima parte al lavoro di Christa Pelikan, voce autorevolissima in ambito europeo nonché operatrice di esperienza presso il centro di mediazione di Vienna. Dell'A. si v. C. PELIKAN, *Council of Europe Recommendation n. R. (99) 19 concerning mediation in penal matters*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna, 2000, in www.restorativejustice.org.

⁵⁴ Definita come «any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)», Sez. I - *Definition*, R. (99) 19, cit.

⁵⁵ §§ 3-4, R. (99) 19, cit.

⁵⁶ «Mediation in penal matters should only take place if the parties freely consent. The parties should be able to withdraw such consent at any time during the mediation», § 1, R. (99) 19, cit. Il consenso alla mediazione comporta, nelle ipotesi di *diversion*, la rinuncia all'accertamento del fatto, cosa che può ammettersi solo con la garanzia di un «attento controllo» a che «tale rinuncia [sia] ottenuta nelle circostanze appropriate», C. PELIKAN, *Council of Europe Recommendation n. R. (99) 19 concerning mediation in penal matters*, cit., p. 4.

⁵⁷ «Discussions in mediation are confidential and may not be used subsequently, except with the agreement of the parties», § 2, R. (99) 19, cit. Un limite è però ravvisato, dalla raccomandazione stessa, nell'evenienza che emergano nel corso della mediazione o nei colloqui preparatori elementi da cui desumere l'imminente commissione di un grave illecito, cfr. § 30.

⁵⁸ «Mediation services should be given sufficient autonomy within the criminal justice system», § 5, R. (99) 19, cit. Nel lavoro di A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 774, si sottolinea l'importanza della predisposizione di luoghi 'altri' rispetto a quelli in cui si consuma l'iter giudiziario ordinario, «fuori dai tribunali, dalle procure, dalle caserme e dagli uffici di pubblica sicurezza: le persone sono generalmente sensibili, di primo acchito, ai messaggi veicolati dai luoghi», e questo anche per assicurare un ambiente che sia «sicuro e confortevole», come richiesto dal § 27 della raccomandazione. Al contempo tuttavia C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., p. 100, insiste sul necessario contesto pubblicistico in cui dovrebbero operare gli enti erogatori del servizio, al fine di garantirne la gratuità, la qualità, il controllo e soprattutto l'indipendenza dalle logiche di mercato, dalle quali è necessario «preservare» la mediazione. «La dimensione pubblica è propria del diritto penale e cruciale nelle pratiche riparatorie, mai riducibili a un fatto privatistico tra reo e vittima, e il cui obiettivo è, invece, la ricucitura del legame sociale».

⁵⁹ Si prescrivono in particolare «consultazioni regolari» tra magistrati e mediatori, cfr. § 33, R. (99) 19, cit., ai fini di un «significativo lavoro di condivisione culturale e di creazione, davvero, di un nuovo modello di giustizia», C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., p. 106.

presupponga il requisito del riconoscimento dei fatti nel loro nucleo essenziale, l'adesione allo stesso non possa in nessun caso essere equiparata a una confessione⁶⁰. «La separazione tra processo penale e mediazione-riparazione è qui nettissima», non potendo l'accertamento di responsabilità che derivare da un processo celebrato secondo le regole proprie del rito penale⁶¹.

In un parallelismo pressoché perfetto con i *Basic Principles* delle Nazioni Unite, che hanno evidentemente preso ampio spunto dalla Raccomandazione in esame⁶², è incentivata poi la buona prassi di assicurare l'assistenza di un legale e di ammettere l'ausilio di un traduttore o di un interprete⁶³. Gli accordi presi all'esito del percorso alternativo devono infine essere connotati da ragionevolezza e proporzionalità, e alle pronunce in cui vengono consacrati deve essere riconosciuta una definitività tale da garantire il rispetto del principio del *ne bis in idem*⁶⁴.

Il termine “*diversion*” compare nuovamente con la Raccomandazione R. (2010)1, in tema di *probation*⁶⁵. Nelle definizioni si chiarisce subito che il documento deve intendersi riferito non solo agli istituti relativi al momento esecutivo della pena⁶⁶, ma anche a tutti gli strumenti che si sostanziano in una prova in capo all'indagato o all'imputato, anteriormente ad una sentenza⁶⁷. E difatti il § 70, nel delineare i casi in cui è auspicabile una valutazione specifica delle determinazioni intraprese con riferimento a un caso

⁶⁰ «The basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation. Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings», §14, R. (99) 19, cit.

⁶¹ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., p. 775.

⁶² Cfr. *supra*.

⁶³ «Fundamental procedural safeguards should be applied to mediation; in particular, the parties should have the right to legal assistance and, where necessary, to translation/interpretation. Minors should, in addition, have the right to parental assistance», § 8, R. (99) 19, cit.

⁶⁴ Il § 31 recita: «agreements should be arrived at voluntarily by the parties. They should contain only reasonable and proportionate obligations»; «discharges based on mediated agreements should have the same status as judicial decisions or judgments and should preclude prosecution in respect of the same facts (ne bis in idem)», § 17 R. (99) 19, cit.

⁶⁵ COUNCIL OF EUROPE – COMMITTEE OF MINISTERS, *Recommendation R. (2010) 1 on the Council of Europe Probation Rules*.

⁶⁶ Si pensi all'affidamento in prova, normato all'art. 47 o.p.

⁶⁷ Nell'Appendice II alla R. (2010)1, si legge che per 'autore di reato' occorre intendere «qualunque persona sospettata di aver commesso o che ha effettivamente commesso un reato. Ai fini della presente raccomandazione, e senza pregiudizio della presunzione di innocenza e della determinazione della colpevolezza per mezzo di una decisione di giustizia, con il termine “autore di reato” si intende qualunque persona che è oggetto di una procedura penale» e che le “sanzioni e misure applicate in area penale esterna”, che costituiscono l'oggetto della *probation*, devono intendersi «sanzioni e misure che mantengono l'autore di reato nella società libera e comportano determinate restrizioni di libertà tramite l'imposizione di condizioni e/o di obblighi. L'espressione indica le sanzioni decise da un'autorità giudiziaria o amministrativa e le misure adottate prima delle decisione che impone la sanzione o in luogo di tale sanzione, così come le modalità di esecuzione di una pena detentiva al di fuori di un istituto penitenziario» (tr. it. a cura del D.A.P., Ministero della Giustizia).

concreto (*assessments*), individua tali situazioni con riferimento alla decisione sulla «appropriate sanction or measure or when diversion from formal criminal proceedings is being considered»⁶⁸.

Di nuovo, preminenza assoluta è data al ruolo del consenso: il § 7 sancisce che «ogni intervento che precede il riconoscimento definitivo della colpevolezza deve essere effettuato con il consenso informato dell'autore del reato e non deve essere dannoso per la presunzione di innocenza».

Viene in rilievo, con la presente Raccomandazione, la particolare tipologia di alternativa al processo che si traduce nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità, ritenuta una «forma di riparazione effettiva o simbolica»⁶⁹, nonché il ruolo fondamentale svolto dai servizi di *probation*, atti ad accompagnare il percorso extragiudiziario dell'indagato o imputato e a valutarne l'andamento⁷⁰.

2.2. L'Unione Europea, in particolare la Direttiva 2012(29) UE.

È più recente l'interessamento dell'Unione Europea verso soluzioni di deprocessualizzazione della giustizia. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷¹ è stata rafforzata la competenza legislativa dell'Unione in materia penale e processuale, in forza di quanto stabilito dall'art. 82, co. 2, TFUE. La circoscritta area di intervento nelle materie inerenti la gestione della giustizia penale⁷² ha tuttavia impedito al legislatore

⁶⁸ 'Diversion' viene tradotto nella versione italiana a cura del D.A.P. con «soluzione diversa», a riprova di come l'istituto sia pressoché sconosciuto nel panorama nazionale.

⁶⁹ Cfr. § 47, R. (2010) 1, cit., che più estesamente definisce il lavoro «di interesse generale» come «una sanzione o misura applicata nella comunità che comporta l'organizzazione e la supervisione da parte dei servizi di *probation* di un lavoro non retribuito al servizio della collettività a titolo di riparazione effettiva o simbolica di un pregiudizio causato dal delinquente».

⁷⁰ In tale ambito si situa anche la necessaria collaborazione tra servizi di *probation* e attori della giustizia ordinaria, organi giudicanti *in primis*. Il § 42, R. (2010) 1, cit., rimarca che «i servizi di *probation* possono preparare rapporti preparatori alla sentenza su singoli presunti autori di reato, allo scopo, se necessario, di aiutare le autorità giudiziarie a decidere sull'opportunità o meno di procedere o sulla sanzione o misura più appropriata. In questo caso, i servizi di *probation* comunicano regolarmente con le autorità giudiziarie per determinare le situazioni in cui questo tipo di rapporto può essere utile», mentre al § 44 si norma l'apporto dei «presunti autori», «devono avere la possibilità di partecipare alla redazione del rapporto, nel quale si deve riflettere il loro parere, se disponibile, ed il cui contenuto deve essere comunicato loro personalmente o per il tramite del loro avvocato».

⁷¹ Sottoscritto il 13 dicembre del 2007, è entrato ufficialmente in vigore il 1 dicembre 2009; sugli effetti della sua ratifica sul diritto processuale cfr. A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in AA.VV. *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010,

⁷² La norma stabilisce infatti che «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale;

europeo di occuparsi in modo specifico delle alternative al processo, costringendolo a incanalarne la trattazione in ambiti specifici sui quali ha competenza a legiferare⁷³. Tra questi rientra la sfera concernente la tutela della vittima⁷⁴, ed è ad essa che il legislatore europeo si è ancorato fornendo qualche indicazione agli Stati membri, seppur indirettamente, anche sul tema della diversione.

Con la Direttiva 2012 (29) UE⁷⁵, che sostituisce la precedente Decisione Quadro 2001/220/GAI⁷⁶, recepita in Italia con il decreto legislativo del 15 dicembre 2015 n. 212⁷⁷, è stato infatti dato qualche spazio alla disciplina del rapporto tra processo penale e istituti in grado di incidere su una sua conclusione anticipata a seguito dell'espletamento di percorsi 'altri', come la mediazione⁷⁸. Nel far ciò tuttavia il legislatore europeo ha assunto – ha dovuto assumere – la prospettiva specifica degli interessi della vittima di reato, essendo l'intera direttiva volta ad assicurare che «le vittime siano riconosciute e trattate

c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione».

⁷³ Cfr. per questa lettura, M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4188, secondo cui «diversamente dal Consiglio d'Europa, l'Unione europea non ha potuto adottare una fonte completa ed espressamente dedicata alla mediazione, per la mancanza, al riguardo, di un idoneo fondamento giuridico. La regolamentazione del fenomeno in seno alla normativa sulla tutela della vittima ha rappresentato, così, l'unica via da percorrere al fine di disciplinare la mediazione sul piano dell'UE».

⁷⁴ Cfr. l'art. 82, § 2, lett. c, TFUE. Sul ruolo della vittima nel sistema di giustizia penale europeo, che ha origini in realtà ben anteriori al primo riferimento esplicito citato, cfr., in una vastissima letteratura, L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, WolterKluwer, Milano, 2015; ID., *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 91 s.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 86 ss.; D. Savy, *La vittima dei reati nell'Unione europea – Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Giuffrè, Milano, 2013; C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, pp. 643 s.

⁷⁵ Sulla quale, nel delineare la nuova posizione assunta dalla vittima in ottica processuale, si v. E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789, che individua tre diversi livelli di lettura della direttiva, il primo di «cartografia dei diritti della vittima», il secondo di «strumento di politica processuale [...] nonché veicolo per una politica di solidarietà sociale», il terzo di «di strumento pedagogico, capace di influenzare la ricerca scientifica e la cultura del processo penale». In una prospettiva di diritto sostanziale, cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., pp. 98 ss.

⁷⁶ «Decisione Quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale», sulla quale cfr. S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012; T. ARMENTA DEU, L. LUPÁRIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili. Working paper sull'attuazione della Decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁷⁷ Per un commento alle modifiche intervenute sul processo penale italiano, in particolare in tema di ordine di protezione europeo, cfr. P. BRONZO, *La tutela cautelare 'europea' della vittima di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1083.

⁷⁸ Occorre precisare che, nel menzionare gli istituti in oggetto, la Direttiva non li considera esclusivamente nella loro qualità di alternative al procedimento penale, ben potendo gli stessi essere applicati anche in fasi successive alla condanna. Tuttavia, prestandosi ad un utilizzo anche antecedente alla stessa, le indicazioni che li concernono costituiscono regole valide anche per gli istituti di diversione presenti negli ordinamenti.

in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata» (art. 1)⁷⁹. La direttiva si inserisce infatti in un quadro culturale che accoglie la prospettiva secondo cui «un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime» (Considerando 9) e in tal senso «è opportuno limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni [...] svolgendo il procedimento in un modo coordinato e rispettoso, che consenta alle vittime di stabilire un clima di fiducia con le autorità» (Considerando 53)⁸⁰. Ciò si è tradotto da un lato in un ampliamento del ventaglio delle alternative al processo prese in considerazione, non più limitate alla sola mediazione penale, come avveniva con la precedente Decisione Quadro, ma estese anche al *Family Group Conferencing* e i *Sentencing Circles*⁸¹, dei quali si dice che, come la mediazione, «possono essere di grande beneficio per le vittime» (Considerando 46). Al contempo tuttavia sono stati posti una serie di vincoli all'accesso a tali istituti, dovendosi tenere conto di fattori come «la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, l'età, la capacità intellettuale della vittima» che «possano pregiudicare l'esito positivo del procedimento» (ancora Considerando 46), il che comporta una restrizione del campo di azione delle alternative al processo accolta con una certa perplessità da parte di studiosi e operatori⁸².

⁷⁹ Cfr. sul punto S.C. CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato - una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2012.

⁸⁰ Sui processi di vittimizzazione primaria e secondaria, cfr., fra i tanti lavori dell'Autrice, S. VEZZADINI, *La vittima di reato fra negazione e riconoscimento*, Clueb, Bologna, 2007, nonché EAD., *Per una sociologia della vittima*, Franco Angeli, Milano, 2012, *passim*.

⁸¹ Strumenti sui quali cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 151 ss., e 156 ss. Per un'esperienza italiana di Family Group Conferencing, seppure non in ambito strettamente penale, cfr. F. MACI, *Lavorare con le famiglie nella tutela minorile - Il modello delle Family group conference*, Erickson, Trento, 2011.

⁸² «Specie sotto quest'ultimo profilo, ci si potrebbe peraltro chiedere in senso critico se una prospettiva protezionistica così rigida non finisca in realtà per delineare un'eccessiva tendenza paternalista dell'ordinamento nei confronti della vittima», così F. Parisi, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012. Sul punto, M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., pp. 4190 s., rivendica il lavoro svolto dall'*European Forum for Restorative Justice* (EFRJ) nel condurre a una rimodulazione della prima proposta della Commissione, evidentemente squilibrata in un'ottica di protezione della vittima: «nel corso delle diverse audizioni e deliberazioni, è stato possibile rimeditare il progetto originario della Commissione (Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime relative alle vittime di reato, COM (2011) 275 definitivo, del 18 maggio 2011), che avrebbe comportato un passo indietro rispetto alla precedente disciplina, e integrarne alcuni aspetti essenziali. [...] la mediazione secondo il testo inizialmente formulato si configurava come un ambito nel quale la vittima necessita più che altro di protezione. Mentre, dopo numerose discussioni nel Consiglio, nel Parlamento europeo e in seno ai Comitati competenti - per un totale di cinque turni di negoziati tra Commissione, Consiglio e Parlamento - nell'ottobre del 2012 è stato varato infine un testo che si discosta chiaramente da quello originario».

L'art. 4, n. 1, lett. j), prevede in particolare tra le informazioni di cui deve godere la vittima quella relativa ai «servizi di giustizia riparativa disponibili». La norma è direttamente legata all'art. 12, intitolata «Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa». In esso si disciplina lo *standard* di garanzie che deve essere assicurato a chi partecipa a un percorso di tal tipo, anche alternativo al procedimento penale. La normativa è chiara nel fissare regole applicabili ad «eventuali servizi di giustizia riparativa», non ponendo dunque alcun obbligo in capo agli Stati membri nel senso di garantire l'accesso a siffatti istituti⁸³. Eppure ci si chiede per quale ragione «dovrebbe essere espressamente garantito alla vittima di essere informata sulla mediazione, se non le fosse riconosciuto anche il diritto di accedervi»⁸⁴.

D'altra parte una lettura orientata a lasciare la più ampia libertà ai singoli ordinamenti nel decidere se e come prevedere ipotesi di deprocessualizzazione tramite l'accesso a istituti quale la mediazione penale sarebbe in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Essa con i casi Gueye e Sanchez⁸⁵ ha sostenuto che la discrezionalità degli Stati membri nell'individuare le tipologie di reato mediabili può essere limitata solo dall'obbligo di applicare criteri oggettivi ai fini della determinazione dei tipi di reati per i quali la mediazione sia ritenuta inadeguata⁸⁶, con ciò riconoscendo di fatto la più ampia

⁸³ Né la questione viene menzionata dal documento orientativo sull'implementazione della direttiva, redatto dalla Commissione nel 2013, *DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU*, Ref. Ares(2013)3763804, 19 dicembre 2013, in <http://ec.europa.eu>.

⁸⁴ M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4192. L'A. in particolare argomenta una lettura opposta, sostenendo la sussistenza di un obbligo per gli Stati membri di prevedere strumenti alternativi alla giustizia classica facendo leva sull'art. 14, § 1, seconda parte, ove si legge che «siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa *abbia accesso* a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti», corsivo nostro. La problematica sembra ripresentarsi anche alla luce del recepimento interno della direttiva: l'art. 90 *bis* c.p.p., inserito con il decreto legislativo del 15 dicembre 2015 n. 212, prevede infatti, tra gli avvisi da dare alla persona offesa dal reato, l'informazione circa la «possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'art. 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione». Dalla lettera della legge sembrerebbe emergere la possibilità esistente nell'ordinamento italiano di definire tramite l'istituto mediativo la vicenda processuale, e questo non soltanto 'ove possibile', inciso riservato alla sola ipotesi della querela, ma – si deve dedurre – in generale, cosa che tuttavia non ha alcun riscontro nell'ordinamento processuale.

⁸⁵ Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2011, procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, Gueye e Sanchez. Per un commento alla sentenza, v. D. VOZZA, *La 'saga' della giurisprudenza europea sulla tutela della vittima nel procedimento penale continua con la sentenza Gueye*, in *Dir. pen. cont.*, 8 novembre 2011; R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post-Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2011.

⁸⁶ La questione, in particolare, riguardava il divieto sancito dalla legge spagnola di mediazione nei reati intrafamiliari (divieto previsto dall'art. 87 ter n. 5 della Ley Organica spagnola 6/1985, così come novellata dalla legge organica 1/2004). Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che l'esclusione della mediazione per le ipotesi di reati intrafamiliari, tenuto conto della loro particolare natura, non sembra fondarsi su criteri privi di oggettività (§ 76).

discrezionalità agli Stati nel normare l'accessibilità dell'istituto⁸⁷. Se quella giurisprudenza, che si riferiva al contesto normativo della Decisione Quadro 2001/220/GAI, con particolare riferimento all'art. 10, possa ritenersi ancora significativa alla luce della nuova e ben più ampia regolamentazione della materia, è questione che dovrà essere affrontata⁸⁸.

L'angolo di visuale dettato dalla preminenza degli interessi della vittima è ulteriormente riscontrabile negli articoli che assegnano alla stessa uno specifico diritto di revisione nei casi di chiusura anticipata del procedimento penale, tanto in una fase anteriore all'esercizio dell'azione, quanto in un momento successivo⁸⁹. Devono dunque ritenersi compresi dalla disciplina anche gli istituti di *diversion*. Di particolare interesse il Considerando 45, il quale afferma che «la decisione del pubblico ministero che si traduce in una composizione extragiudiziale, ponendo così fine al procedimento penale, esclude le vittime dal diritto alla revisione di una decisione di non esercitare l'azione penale solo se la composizione comporta un avvertimento o un obbligo».

Non mancano infine i riferimenti alle 'regole d'oro' di ogni forma di alternativa al processo, già delineate ampiamente nei documenti dell'O.N.U. e del Consiglio d'Europa⁹⁰. Innanzitutto il consenso, libero, informato e sempre revocabile, anche se di nuovo riferito specificamente alla posizione della vittima, non senza qualche problema⁹¹. Poi il principio di riservatezza, anch'esso per la verità parzialmente amputato nella sua effettività: il Considerando 46 stabilisce infatti che «in linea di principio i processi di giustizia riparativa dovrebbero svolgersi in modo riservato, salvo che non sia concordato diversamente dalle parti o richiesto dal diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico. Situazioni quali minacce o qualsiasi altra forma di violenza perpetrate in questo contesto potranno essere ritenute meritevoli di essere segnalate nell'interesse generale». In questo modo verrebbe meno l'opportunità di dare una seria attuazione al diritto al

⁸⁷ Le «sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea [...], in breve affermano che agli Stati membri è consentito prevedere pratiche mediative, ma non sono tenuti a farlo», così M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4192.

⁸⁸ Critica la posizione in M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4192, secondo cui «la giurisprudenza antecedente alla direttiva non può assumere ora valore risolutivo».

⁸⁹ Cfr. i Considerando 43-45 in tema di diritto alla revisione sulla decisione di non esercitare l'azione penale, di ritirare le accuse o di interrompere il procedimento.

⁹⁰ Cfr. *supra*.

⁹¹ Art. 12, comma 1, lett. a), Direttiva 2012/29/UE. «Tale circostanza, secondo il dato testuale, è in evidente contrasto con uno dei principi fondamentali della *restorative justice*, cioè l'imparzialità o pari considerazione di tutte le parti», M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4192.

silenzio e si abbasserebbe il livello complessivo di riservatezza⁹². Infine, sempre in un'ottica di salvaguardia degli interessi della vittima e per evitare una sua vittimizzazione secondaria⁹³, si richiede che, ai fini dell'accesso all'*iter* alternativo, l'autore del reato riconosca «i fatti essenziali del caso». Manca tuttavia la seconda parte del principio, enunciato invece negli altri documenti in sede internazionale, che stabilisce come il riconoscimento del nucleo essenziale della vicenda, necessario ai fini della riuscita del percorso di giustizia riparativo, non può essere equiparato a una confessione in sede giudiziale, sussistendo altrimenti un pericoloso *vulnus* nella presunzione di non colpevolezza dell'indagato. Tale mancanza, ancora una volta, si spiega alla luce dell'ottica 'vittimocentrica' assunta dal legislatore europeo nell'emanare la direttiva.

3. Esperienze di diversione negli ordinamenti nazionali.

Parallelamente al fiorire delle fonti sovranazionali, i singoli ordinamenti europei si sono variamente cimentati nel predisporre e regolamentare diverse forme di alternative al processo, o nel ridefinire strumenti già contemplati nella legislazione nazionale. La diversione è entrata strutturalmente a far parte, ad esempio, del sistema processuale del Regno Unito, soprattutto in campo minorile, con la specificità di un ampio raggio d'azione del personale di polizia⁹⁴. Così come in Francia, ma anche in Belgio, si sono sviluppate diverse forme di archiviazione condizionata e di gestione alternativa del fatto di reato⁹⁵.

⁹² In questi termini ancora M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4192.

⁹³ Questa la lettura di S.C. CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., p. 7.

⁹⁴ L'ordinamento inglese ha registrato una tendenza ciclica di espansione e restrizione degli spazi normativi che affidano a risoluzioni informali la gestione delle vicende criminose, ciclicità legata alle emergenze securitarie, vere o presunte, intorno alle quali si sviluppa sovente il dibattito politico ed elettorale. Riporta una chiara descrizione, corredata di statistiche, delle diverse fasi di attuazione di politiche di *diversion*, D. STENDARDI, *La nuova strategia di diversione minorile nel Regno Unito e i suoi risultati*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 220 ss. Le '*diversionary options*', azionabili indistintamente dagli operatori di polizia o dal *prosecutor*, si sostanziano in due opzioni del tutto informali, sopravvissute alla riforma operata dal *Crime and Disorder Act* del 1998 – il '*no further action*', qualora la polizia ritenga che il fatto non richieda alcun tipo di intervento e l'*informal warning*', che si sostanzia in un ammonimento verbale informale, del quale non si conserva alcuna registrazione – e in due strumenti più strutturati: il '*reprimand*', un ammonimento verbale formale, menzionabile in successivi procedimenti, e il '*warning*', che prevede l'affidamento ai servizi di giustizia minorili per l'elaborazione di un programma di recupero.

⁹⁵ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 99 ss.; J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 949 ss. L'esperienza francese conosce le misure della *réparation*, della *régularisation*, della *orientation*, del *rappel de la loi* e della *médiation*, tutte attivabili dal pubblico ministero per addivenire alla soluzione archiviativa 'meritata' (*classement mérité*), di cui all'art. 41.1 *cod. proc. pén.* Menzione a parte merita la *composition pénale* (41.2

Non potendo dar conto di tutte le esperienze sviluppatasi negli ordinamenti europei, e dovendo dunque limitare la trattazione nello specifico ad alcuni di essi, si è scelto di privilegiare quegli Stati la cui legislazione processuale è più vicina, per tradizione culturale e per scelte normative soprattutto con riguardo ai principi fondamentali, a quella italiana. In questo modo diviene possibile operare raffronti e stabilire affinità, anche in un'ottica *de jure condendo*, utili ad animare – o rianimare – un dibattito sul tema in un contesto quanto più possibile omogeneo. A differenza dei Paesi caratterizzati da un sistema di *common law* (come il Regno Unito) e di quelli il cui sistema è improntato ad una radicale discrezionalità dell'azione penale (Francia e Belgio), più interessante per lo studioso italiano è conoscere le esperienze della Germania e dell'Austria.

3.1. *La Germania.*

L'ordinamento tedesco è tra quelli che hanno progressivamente, ma stabilmente, inserito nei gangli della disciplina processual-penalistica l'istituto della *Diversion*, tanto nella normativa per i minori, quanto in quella ordinaria. Il dibattito che ne ha accompagnato l'introduzione è stato, ed è tutt'ora, vivacissimo, in una feconda compenetrazione di contributi a stampo criminologico e riflessioni prettamente giuridiche⁹⁶. Ad oggi è possibile affermare che «l'ordinamento tedesco può rappresentare un esempio positivo perché, al confronto con altri sistemi, offre una tra le più ampie cornici applicative della fattispecie»⁹⁷.

cod. proc. pén), la cui disciplina, più articolata, prevede l'intervento di un'autorità giurisdizionale e i cui contenuti si sostanziano alternativamente nel versamento di una somma di denaro a titolo di ammenda, nella prestazione di un lavoro non remunerato, nonché nella riparazione obbligatoria dei danni causati alla vittima del reato. Per gli omologhi istituti in Belgio, cfr. Cfr. F. TULKENS, *La justice pénale: justice imposee, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée*, in *Rev. Dir. Pén. et Crim.*, 1996, p. 457; A. DE NAUW, *Les modes alternatifs de règlement des conflicts en droit pénal belge*, in *Rev. Dir. Pén. et Crim.*, 1997, pp. 357 ss.

⁹⁶ Cfr., in una vastissima letteratura, i lavori di W. HEINZ, R. STORZ, *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*, Bundesministerium der Justiz, 1992; C. GROTE, *Diversion im Jugendstrafrecht*, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2006; A. LINKE, *Diversionstage*, cit., 2011, per quanto riguarda il sistema previsto per i minorenni. Tra i contributi relativi alla diversione per gli adulti, cfr. E. HERING, K. SESSAR, *Praktizierte Diversion – Das Modell Lübeck sowie die Diversionsprogramme in Köln, Braunschweig und Hamburg*, Centaurus Verlagsgesellschaft, Hamburg, 1990; A. V.D. WOLDENBERG, *Diversion im Spannungsfeld zwischen Betreuungsjustiz und Rechtsstaatlichkeit*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1993; E. FASOULA, *Rückfall nach Diversions-entscheidungen im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht*, Herbert Utz Verlag, München, 2003; I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion – Exemplarisch dargestellt anhand des Berliner Diversionsmodells – Zurückdrängung staatsanwaltschaftlicher Entscheidungskompetenz?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005. Nella letteratura più risalente, per tutti H.J. KERNER (Hrsg.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1983.

⁹⁷ M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4189. L'Autore si riferisce in particolare all'istituto della mediazione, ma il discorso può ben essere ampliato anche alle altre forme di diversione istituite.

In un sistema che ha fatto del *Legalitätsprinzip* e del principio di obbligatorietà dell'azione penale perni fondamentali della propria legislazione⁹⁸, pur in una costante dialettica e un progressivo avanzare delle ragioni di una maggiore flessibilità sostenuta dai fautori dell'*Opportunitätsprinzip*⁹⁹, hanno comunque trovato modo di farsi spazio variegate «vie di fuga dal processo» penale¹⁰⁰.

In campo minorile la disciplina ruota intorno a §§ 45 e 47 JGG. Il primo disciplina la diversione in un momento antecedente all'esercizio dell'azione penale, il secondo riprende specularmente la disciplina del primo per trasporla in sede di giudizio. Per tutti gli strumenti di diversione minorile non sono previsti limiti in ordine alla tipologia o alla gravità di reato.

Il § 45 JGG prevede tre diverse forme di deprocessualizzazione, in ordine di crescente ingerenza della sfera personale del minore le quali devono essere applicate in ossequio al principio di sussidiarietà, scegliendo la forma meno afflittiva ogniqualvolta ciò risulti possibile¹⁰¹. In base al primo comma, il pubblico ministero, se ricorrono le condizioni previste dalla disciplina ordinaria al § 153 StPO e dunque se il fatto è particolarmente tenue, il grado della colpevolezza non è grave e non sussiste un interesse pubblico a perseguire il fatto penalmente rilevante, può archiviare il procedimento senza che a questo facciano seguito conseguenze ulteriori. La mancanza di un interesse pubblico a perseguire il reato viene fatta coincidere con una valutazione di prevenzione speciale positiva¹⁰², non potendo invece essere presa in considerazione un'ottica general-preventiva¹⁰³. Non è necessario a tal fine coinvolgere un organo giurisdizionale, trattandosi di fatti connotati da un'offensività minima per i quali si ritiene che la reazione sociale informale sia sufficiente come strumento di deterrenza da futuri comportamenti antiggiuridici¹⁰⁴. Non è

⁹⁸ L'obbligatorietà dell'azione in capo al pubblico ministero è sancita a livello codicistico dal § 152 StPO, da leggersi in relazione al § 170 Abs. 1 StPO, secondo cui, al manifestarsi dei presupposti per l'azione, l'instaurazione del giudizio di merito è atto dovuto, salvo che la legge disponga altrimenti. Cfr. sul punto T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir. Annali II*, Milano, 2007, p. 840.

⁹⁹ Per una lettura del principio nel senso di una progressiva erosione della «sua granitica portata», cfr. E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1970 s., cui si rimanda anche per la bibliografia tedesca sul tema.

¹⁰⁰ Così E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1970.

¹⁰¹ I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 20.

¹⁰² Cfr. W. HEINZ, *Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht – Teil 3*, in *DVJJ-Journal*, 1999, p. 131.

¹⁰³ D. RZEPKA, § 45 JGG, in *Kurzkommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, 1 Aufl., Weinheim, Basel, 1994, c. 13; I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 20.

¹⁰⁴ A. V.D. WOLDENBERG, *Diversion im Spannungsfeld zwischen Betreuungsjustiz und Rechtsstaatlichkeit*, cit., p. 36; G. BLAU, *Diversion und Strafrecht*, in *Jura*, 9, 1987, p. 25.

richiesta una confessione da parte dell'indagato¹⁰⁵, e nemmeno il suo consenso espresso. Unica conseguenza della conclusione anticipata è l'immissione della decisione nell'*Erziehungsregister* (§ 60, Abs. 1, n. 7, BZRG), registro 'dell'educazione' visionabile dalla procura e dal tribunale.

Il comma 2 del § 45 disciplina poi l'archiviazione, di nuovo ad opera del p.m. e senza coinvolgimento di organi giurisdizionali, che può intervenire qualora siano state portate a termine o intraprese misure di tipo educativo nei confronti del minore indagato e l'avvio del processo non appaia opportuno. Per 'misure educative' si devono intendere interventi attivati dalla rete sociale cui il minore afferisce (famiglia, scuola, altre agenzie educative) e di cui il pubblico ministero prende atto, non invece azioni da lui specificamente ordinate¹⁰⁶. Ex § 45, Abs., 2 JGG, deve essere considerato alla stregua di una misura educativa anche lo sforzo del minore di addivenire a una riconciliazione con la persona offesa, eventualmente tramite lo strumento della mediazione (*Täter-Opfer-Ausgleich*, di qui in avanti TOA)¹⁰⁷. Non costituiscono presupposti per l'archiviazione condizionata né il consenso dell'indagato né un'ammissione sugli addebiti mossi, circostanza sulla cui legittimità la dottrina si interroga senza tuttavia esser giunta a una soluzione condivisa¹⁰⁸.

Infine il comma terzo del § 45 prevede la prima vera e propria forma di diversione interveniente, in cui l'archiviazione del procedimento è condizionata all'assolvimento di impegni specificamente assegnati dalle istituzioni della giustizia. Il c.d. «*formlose jugendrichterliche Erziehungsverfahren*»¹⁰⁹ è attivabile ogniqualevolta il pubblico ministero ritenga non vi siano i presupposti per un'archiviazione semplice, ma valuti allo stesso tempo l'avvio del processo sproporzionato o dannoso. Per questa ipotesi è necessaria una confessione dell'indagato¹¹⁰, in presenza della quale il p.m. può richiedere

¹⁰⁵ Anche se diversi protocolli operativi locali, tra cui le *Berliner Diversionsrichtlinien*, si orientano nel senso di richiedere – non una confessione – ma che l'indagato non contesti seriamente l'accusa, cfr. I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 21.

¹⁰⁶ Il punto è stato oggetto di discussione, questa risultando la soluzione maggioritaria, cfr. U. DIRCHNEIER, *Der nordamerikanische Diversionsansatz und rechtliche Grenzen seiner Rezeption im bundesdeutschen Jugendstrafrecht*, Frankfurt a.M./Bern/NewYork/Paris, Peter Lang, 1990, pp. 341 ss; A. V.D. WOLDENBERG, *Diversion im Spannungsfeld zwischen Betreuungsjustiz und Rechtsstaatlichkeit*, cit., pp. 152 ss., I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 24.

¹⁰⁷ Tra le alternative al processo, particolare rilevanza in sede legislativa è data alla mediazione (TOA), specificamente normata dal *Mediationsgesetz* del 21 luglio 2012 e sulla quale, in ambito monografico, si v. M. JANKE, *Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2005; J. SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2006; V. ZIRN, *Mediation im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Tectum Verlag, Marburg, 2007.

¹⁰⁸ Cfr. I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., pp. 23 s.

¹⁰⁹ Così, I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., pp. 28.

¹¹⁰ Critica la dottrina l'opzione legislativa, cfr. in particolare U. EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*, 10 Aufl., C.H. Beck, München, 2004.

al giudice dei minori (*Jugendrichter*) di adottare una tra le misure all'uopo previste dal § 10 e dal § 15 JGG. Essa può consistere in un ammonimento o nella direttiva di svolgere un lavoro socialmente utile, di intentare un TOA con la vittima, di prender parte a un corso di sicurezza stradale, di riparare o risarcire il danno subito dalla persona offesa, di porgere delle scuse o di pagare una somma di denaro.

Di nuovo, ai fini della fuoriuscita dal circuito processuale ordinario, non è richiesto il consenso del minore. In questo caso tuttavia, in ottemperanza a quanto richiesto dalla normativa internazionale sul tema, la dottrina è unanime nel ritenerlo un presupposto indefettibile, posta l'incidenza anche rilevante delle misure nella sfera di libertà della persona¹¹¹.

Qualora le direttive impartite dal giudice vengano portate a termine dall'indagato, il pubblico ministero archivia il procedimento. In questo caso, a differenza dei primi due¹¹², dall'assolvimento degli impegni viene fatta discendere una causa di non procedibilità e il provvedimento archiviativo adottato (*Einstellungsbefehl*) risulta dotato di una certa stabilità, essendo revocabile solo nel caso in cui emergano nuovi fatti o nuove prove idonei a far venir meno i presupposti per la diversione percorsa.

Il § 47 JGG riprende, di nuovo suddividendoli in tre commi diversi, i contenuti del § 45, riadattandoli al diverso contesto giudiziale successivo all'esercizio dell'azione penale. Al giudice è data la possibilità di sospendere il processo penale, per un periodo variabile a seconda della concreta misura avviata¹¹³, in ogni stato e grado del procedimento, senza limiti temporali di sorta e financo nel giudizio di revisione¹¹⁴. Di particolare rilievo la circostanza per la quale il giudice, per emettere il provvedimento definitivo di chiusura del procedimento non deve necessariamente attendere l'assolvimento integrale delle prescrizioni, potendo decidere anche solo dopo aver constatato l'effettivo impegno dell'imputato nella fase iniziale dell'*iter* alternativo¹¹⁵.

Anche per la diversione ad opera del giudice non viene richiesto il consenso dell'imputato, mentre è necessario il parere positivo del pubblico ministero (§ 47, Abs. 2 JGG). La soluzione normativa sarebbe indice di una «connotazione

¹¹¹ H.E. MÜLLER, *Diversion im Jugendstrafrecht und rechtsstaatliches Verfahren*, in *DRiZ*, 1996, pp. 443 s.

¹¹² Dove il pubblico ministero potrebbe in astratto riaprire in ogni momento il procedimento, ciò che tuttavia in concreto non avviene per non minare la fiducia, considerata «schützenswert», cioè meritevole di essere tutelata, del minore nel funzionamento della giustizia, cfr. D. RZEPKA, § 45 JGG, cit., c. 18.

¹¹³ La sospensione non può superare i sei mesi, ad esempio, per il tentativo di mediazione penale, § 47, Abs. 3, JGG).

¹¹⁴ D. RZEPKA, § 45 JGG, cit., c. 10. Delle limitazioni sono previste solo con riguardo allo *Zwischenverfahren*, l'omologo della nostra udienza preliminare.

¹¹⁵ I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 32.

correzionale/educativa della misura» che «sembra prevalere sulla componente consensuale»¹¹⁶.

Parzialmente diversa l'impostazione della materia nella legislazione per gli adulti.

La diversione ha trovato una via d'ingresso nel sistema processuale a partire da un innesto della mediazione (TOA) in sede, inizialmente, prettamente sostanziale. Il § 46a StPO ha previsto infatti, a seguito di una riforma del 1994, l'esperimento della mediazione come circostanza attenuante ai fini del computo della pena o alternativamente come evento impeditivo della punibilità del fatto, qualora la pena prevista non superi la durata di un anno¹¹⁷. Sulla scorta di quella normativa, e sulla scia del successo applicativo in sede minorile¹¹⁸, lo spazio assegnato alle modalità alternative di gestione dei conflitti è stato progressivamente ampliato, con un trasferimento sul versante prettamente processuale. Accanto alla già esistente ipotesi di archiviazione per particolare tenuità del fatto (§ 153 StPO) è stata inserita la disciplina di cui al § 153a StPO, che, a dispetto della posizione codicistica, si discosta nettamente dall'articolo precedente¹¹⁹ in quanto pone in essere la prima vera e propria forma di diversione per adulti.

Essa può essere attivata tanto dal pubblico ministero prima dell'esercizio dell'azione penale (§ 153a, Abs. 1, StPO), quanto dal giudice del dibattimento (Abs. 2), trattandosi di uno «strumento generale di *diversion* applicabile in ogni stato e grado del procedimento penale»¹²⁰. In entrambi i casi è necessario il consenso espresso dell'indagato o dell'imputato. L'adesione alla proposta, soprattutto in caso di ripresa del procedimento ordinario per esito negativo della diversione, non può essere letta come una confessione¹²¹ dal momento che la presunzione di innocenza in capo al soggetto rimane intatta¹²².

Per proporre la fuoriuscita dai binari processuali in alternativa all'esercizio dell'azione penale (§ 153, Abs. 1, StPO), il pubblico ministero tedesco deve verificare innanzitutto

¹¹⁶ Così, E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1977. Critiche sulla scelta operata dal legislatore, D. RZEPKA, § 45 JGG, cit., c. 12, e I. GOECKENJAN, *Neueren Tendenzen in der Diversion*, cit., p. 33.

¹¹⁷ Cfr. J. SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2006, p. 26.

¹¹⁸ Cfr. E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1972.

¹¹⁹ B. SCHMITT, § 153a, in L. MEYER-GROBNER, B. SCHMITT (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, 58. Aufl., C.H. Beck, München, 2015, c. 1.

¹²⁰ E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1973.

¹²¹ Non potendo di conseguenza essere utilizzato come prova in sede di giudizio, cfr. B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 10.

¹²² B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 2: «Die Unschuldsvermutung nach art. 6 II MRK ist bei einer Einstellung nach § 153a nicht wiederlegt». Questo porta peraltro alla conseguenza, del tutto coerente, per cui dall'alternativa al processo – e in particolare dal consenso dell'interessato – non possono essere fatte discendere conseguenze extra-processuali di tipo negativo, *in primis* in sede civile e disciplinare, cfr. F. RETTENMAIER, *Außerstrafrechtliche Folgen der Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 13, 2013, p. 123.

che il fatto per cui si procede integri un *Vergehen*, fattispecie di reato meno grave dei *Verbrechen*, per il quale tuttavia non sia possibile applicare la disciplina relativa all'archiviazione semplice, ex § 153 StPO, che deve avere la precedenza in quanto meno afflittiva¹²³. Poi deve valutare che non sussista un interesse pubblico a perseguire il fatto¹²⁴ e che il grado della colpevolezza non sia tale da ostare alla deviazione dal processo¹²⁵. Se l'accusa riguarda un reato che supera una certa soglia di gravità, ai fini dell'accesso all'*iter* alternativo e sulla scelta del percorso di *diversion* da proporre in concreto è necessario anche il vaglio del giudice competente per il dibattimento (§ 153a, Abs. 1, S. 7 StPO).

In presenza di questi presupposti il pubblico ministero può avanzare all'indagato la proposta di diversione, nella forma concreta dell'assolvimento di uno o più degli impegni previsti dalla normativa, entro un termine stabilito e prorogabile solo una volta per non più di tre mesi¹²⁶. Tali impegni possono consistere¹²⁷, in particolare, nella riparazione del danno subito dalla vittima (n. 1), nel versamento di una somma di denaro a favore di un ente sociale o dello Stato (n. 2), nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità (n. 3), nel versamento di assegni di mantenimento (n. 4), nel tentativo serio di avviare un percorso di mediazione penale con la vittima (n. 5), nel prender parte a un corso di tipo sociale (n. 6) o infine a un corso sulla sicurezza stradale (n. 7). I contenuti della diversione possono essere modificati nel tempo se pervengono esigenze specifiche in tal senso, ma sempre con il consenso dell'indagato. Se l'indagato assolve diligentemente le

¹²³ B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 3.

¹²⁴ Che deve avere come nucleo centrale la valutazione sulla capacità del percorso alternativo di garantire la risocializzazione del presunto reo, cfr. di nuovo W. HEINZ, *Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht*, cit., p. 131.

¹²⁵ «Wenn [...] die Schwere der Schuld nicht entgegensteht», § 153a, Abs. 1, StPO. Sul punto si veda anche T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 841.

¹²⁶ Il termine massimo varia a seconda del tipo di prescrizione impartita da sei mesi a un anno. In questo periodo la prescrizione è sospesa (153a, Abs. 1, S. 3, StPO).

¹²⁷ Si tratta di una elencazione non tassativa, potendo il pubblico ministero, in questo caso sotto la necessaria supervisione del giudice, impartire anche prescrizioni diverse da quelle legislativamente stabilite, cfr. W. BEULKE, *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in G. Widmeir u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Dahs*, Otto Schmidt, Köln, 2005, p. 214. La natura non penale, bensì sanzionatoria, delle misure elencate, ha fatto parlare dell'istituto in questione come di una «verurteilungslose Friedensstiftung [...] ohne Verzicht auf Sanktionen, aber ohne Strafe und ohne Vorbestraftsein», cioè, di uno strumento di pacificazione sociale in assenza di giudizio, senza rinuncia alla sanzione, ma con rinuncia alla pena e alla registrazione di un precedente penale, così B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 1a; W. BEULKE, *Die unbenannten Auflagen*, cit., p. 215, sottolinea infatti come per gli obblighi assumibili dall'indagato, o dall'imputato, non si possa parlare tecnicamente di pena, dal momento che essi vengono non solo assunti ma anche portati a termine esclusivamente con il consenso dell'interessato cui è sempre lasciata aperta la possibilità di interrompere il percorso alternativo.

prescrizioni, il pubblico ministero archivia il procedimento per sopravvenuta causa di improcedibilità¹²⁸, in caso contrario esercita l'azione penale.

In presenza delle stesse condizioni, successivamente all'esercizio dell'azione penale e anche se un tentativo di diversione è già stato intentato in fase di indagini¹²⁹, anche il giudice del dibattimento può proporre all'imputato di aderire all'*iter* extragiudiziario (§ 153a, Abs. 2, StPO). In questo caso non è necessario il consenso del pubblico ministero, mentre resta centrale quello dell'imputato. Il processo viene sospeso con decreto, il corso della prescrizione anche, e in caso di adempimento degli obblighi assunti – pur se in anticipo rispetto al periodo di sospensione – il procedimento trova la sua conclusione con un «endgültiger Einstellungsbeschluss», di nuovo per sopravvenuta causa di improcedibilità¹³⁰. In caso contrario, l'*iter* rientra nei binari del processo ordinario e prosegue il suo corso dal punto in cui era stato interrotto.

3.2. L'Austria.

L'ordinamento austriaco è quello che ha integrato la diversione nella legislazione processuale raggiungendo il maggior grado di completezza e organicità, e questo malgrado il sistema sia ancorato al *Legalitätsprinzip*, fatto discendere dal combinato disposto dell'art. 18, co. 1 della Costituzione federale (*B-Verfassungsgesetz*) e del § 210 del codice di procedura penale austriaco (öStPO), che disciplina l'accusa penale¹³¹.

Come è avvenuto per la Germania, le prime esperienze di differenziazione della risposta al reato sono state compiute in ambito minorile, nella seconda metà degli anni '80, con l'immissione sperimentale dello strumento della mediazione penale in alcuni procedimenti¹³². Nel 1988, sotto l'impulso del successo ottenuto, veniva approvato lo "Jugendgerichtsgesetz" (JGG) che accoglieva al suo interno la prima regolazione della diversione in Austria. Analoghi strumenti alternativi al processo venivano predisposti nello stesso anno anche con la novella normativa in tema di stupefacenti ("*Suchtmittelgesetz*" o "SMG"). Nel 1992 veniva poi avviata una sperimentazione

¹²⁸ Il provvedimento in questione ha natura «essenzialmente dichiarativa», T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 841.

¹²⁹ cfr. B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 46.

¹³⁰ In questi termini, B. SCHMITT, § 153a, cit., c. 52.

¹³¹ In tema, S. SEILER, *Strafprozessrecht*, 14° Aufl., Wien, 2015, pp. 28 ss.

¹³² Cfr. B. TRUMMER-KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 150; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1960.

all'interno del procedimento per adulti: con riferimento al § 42 StGB¹³³, si prevedeva la possibilità, a seguito della partecipazione ad un percorso di mediazione (*Ausergerichtlicher Tatausgleich*, o ATA), di ottenere la non punibilità per irrilevanza del fatto. Pochi anni dopo, nel 1999, tramite la predisposizione di un'apposita normativa codicistica alla mediazione venivano affiancati in sede processuale strumenti diversi¹³⁴, poi ulteriormente perfezionati e strutturati organicamente con la riforma complessiva del codice di procedura penale entrata in vigore nel 2008¹³⁵.

Ad oggi, il titolo XI del codice di procedura penale austriaco (öStPO), intitolato "*Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)*", ovvero "rinuncia a perseguire (diversione)", pone in capo al pubblico ministero il potere di proporre all'indagato, presenti alcune condizioni, la deviazione dal processo ordinario a favore di soluzioni degiurisdizionalizzate di reazione al fatto¹³⁶. Più propriamente, si tratta di un obbligo cui la legge sottopone lo *Staatsanwalt*, il quale, ogniqualvolta sussistano le condizioni previste, *deve* prospettare la via alternativa a chi si trova sottoposto al procedimento. I requisiti che fanno sorgere tale obbligo¹³⁷ sono costituiti innanzitutto dal tipo di reato per cui si procede, che deve essere di competenza del giudice minore, il *Landesgericht*¹³⁸; non devono poi evidenziarsi profili di colpevolezza grave¹³⁹ e dal fatto non deve essere derivata la morte della vittima. Oltre a ciò, come richiesto dal primo comma del § 198 öStPO, per procedere per via alternativa deve emergere dalle indagini una sufficiente chiarezza sulla modalità di svolgimento dei fatti¹⁴⁰. Inoltre, nel rispetto del principio di sussidiarietà, deve risultare verificata l'assenza di altre cause di archiviazione non

¹³³ Si tratta di una norma oggi espunta dall'ordinamento e fatta confluire nel nuovo § 191 öStPO, rubricato *Einstellung wegen Geringfügigkeit*, a partire dalla quale è stata teorizzata un'apertura verso «forme sussidiarie nuove di regolazione del conflitto» che hanno dato spazio ad un bilanciamento tra principio di legalità e *Opportunitätsprinzip*, cfr. E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1962.

¹³⁴ Sui quali, *infra*.

¹³⁵ Di nuovo, cfr. B. TRUMMER-KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco*, cit., pp. 151 s.

¹³⁶ Sull'istituto, in generale, si vedano fra i tanti, R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 29; 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*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, p. 123; Cfr. H.V. SCHROLL, *Die aktuelle Diversionsregelung*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2009, n. 4, p. 20.

¹³⁷ Cfr. § 198, Abs. 2, öStPO.

¹³⁸ Vi rientrano i reati puniti con massimo cinque anni di carcere oltre a quelli puniti con la sola pena pecuniaria.

¹³⁹ Sul punto, cfr. per tutti H. SCHÜTZ, *Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 21; rientrerebbero nel concetto di colpevolezza il grado di intenzionalità ("*Gesinnungsunwert*") e la gravità del fatto materiale ("*Handlungsunwert*"), mentre si discute se debba essere considerata anche la gravità delle conseguenze causate ("*Erfolgsumwert*"), vista l'alta incidenza che su queste ultime possono avere elementi casuali, indipendenti dalla volontà e dalla condotta del reo.

¹⁴⁰ Si richiede un «hinreichend geklärten Sachverhalts».

condizionata, le quali condurrebbero alla chiusura del procedimento in assenza di conseguenze ulteriori in capo all'indagato¹⁴¹. Infine, sempre stando alla normativa, il pubblico ministero non deve ritenere il procedimento penale necessario ai fini delle esigenze preventive, tanto generali quanto speciali¹⁴².

La dottrina è concorde nell'affermare che una confessione non è né richiesta né necessaria, e allo stesso tempo che l'evidenza del fatto richiesto dalla legge come requisito d'accesso non è equiparabile al grado di accertamento idoneo a fondare una condanna in sede di giudizio. Si tratta piuttosto di una «*hohe Tabegerungswahrscheinlichkeit*», di una «*Einschätzung, die noch immer ein prognostisches Element (die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung im Fall der Anklage) enthält*»¹⁴³. Valutazione assimilabile quindi alla prognosi di colpevolezza che effettua il p.m. nel momento in cui decide di esercitare l'azione penale.

Presenti tali condizioni, il pubblico ministero è tenuto a rinunciare temporaneamente a perseguire il reato, proponendo un percorso alternativo che, se accettato dall'indagato – si tratta infatti di un percorso strettamente consensuale¹⁴⁴ – e portato a termine con successo, conduce alla definitiva rinuncia all'azione penale e all'archiviazione del procedimento. Il provvedimento archiviativo è dotato di una stabilità tale da mettere l'indagato al riparo dalla riapertura del procedimento, salvo per i casi nei quali è prevista la revisione delle sentenze («*ordentliche Wiederaufnahme*», §§ 205 comma 1 e 352 öStPO). 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, ferma la necessità di una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria in ordine alla sua efficacia special e generalpreventiva.

¹⁴¹ Rientra tra queste l'archiviazione semplice per particolare tenuità del fatto, § 191 öStPO.

¹⁴² Sui presupposti in generale, pur con riferimento alla posizione codicistica *ante-reforma*, ma identici nel contenuto, cfr. H.V. SCHROLL, sub §§ 90a-90m, in H. FUCHS, E. RATZ (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manz, Wien, 2004, ff. 1 ss. La normativa è valida anche per i minori, per i quali tuttavia sono previsti criteri d'accesso meno restrittivi. Ad esempio manca l'impedimento costituito dal decesso della vittima qualora questa sia legata da un rapporto di parentela con il minore, così come non vi sono limitazioni in ordine alla gravità del reato (§ 7 JGG).

¹⁴³ Ovvero di un'alta probabilità della commissione del fatto, con una valutazione che tuttavia ha in sé ancora gli elementi della prognosi, ossia una proiezione sulla probabilità della condanna in caso di esercizio dell'azione penale, in questi termini R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., p. 33.

¹⁴⁴ Al § 207 si dettano le regole riguardanti le informazioni che devono essere assicurate all'indagato per garantire la piena consapevolezza della sua scelta: egli deve essere reso ampiamente edotto dei suoi diritti e della sua posizione giuridica, in particolare delle condizioni necessarie per la rinuncia al perseguimento formale del reato, della necessità del suo consenso e della possibilità di pretendere in ogni momento la continuazione del processo ordinario, oltre che di tutte le circostanze che comportano la ripresa dello stesso, nonché della necessità di un suo contributo alle spese globali. Sul tema si veda in F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in R. MOOS (Hrsg.), *Festschrift für Udo Jasonek*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien, 2002, p. 332.

Qualora l'azione penale sia stata già esercitata, anche il giudice, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, deve proporre la diversione (§ 199 öStPO), ciò che potrebbe accadere sia in forza di una diversa valutazione in merito ai presupposti richiesti dalla legge rispetto a quella effettuata dal pubblico ministero (si pensi ad esempio al soddisfacimento delle esigenze preventive), sia per la sopravvenienza di nuovi elementi. La proposta del giudice può intervenire in ogni momento del processo penale, fino alla definizione nel merito della regiudicanda (*bis zum Schluss der Hauptverhandlung*) e non è richiesto il consenso del pubblico ministero. Se l'imputato accoglie la proposta del giudice il processo viene sospeso (tramite *Beschluss*) per un tempo stabilito ai fini della messa in atto di una delle forme di alternativa al processo previste¹⁴⁵.

Le forme di diversione previste dalla legge fra le quali l'organo giudiziario, pubblico ministero o giudice, deve individuare la più adatta al caso concreto sono quattro, 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 reato¹⁴⁶; le prestazioni gratuite in favore della collettività, regolate dalla stessa legge in maniera estremamente dettagliata (ore di lavoro, istituzioni ed enti idonei, esigenze personali da tenere in considerazione) e anch'esse accompagnate dall'obbligo di riparare il danno¹⁴⁷; la messa alla prova, che prevede un periodo più lungo di 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 caso per caso¹⁴⁸; da ultimo il "*Tatausgleich*", ossia la

¹⁴⁵ La proposta del giudice può tuttavia essere anche sollecitata dalle parti, pubblico ministero e imputato, così R. GOMBOTS, C. PELIKAN, *Austria*, in *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, I, Godesberg, Mönchengladbach, 2015, p. 21.

¹⁴⁶ 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, sub §§ 198-203, in H. FUCHS, E. RATZ (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manz, Wien, 2011, § 42, c. 51.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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

mediazione penale reo-vittima¹⁴⁹, il cui obiettivo è quello di «elaborare una comune definizione e soluzione del problema», raggiungendo una «visione univoca dell'accaduto e dei motivi che hanno spinto a commettere il reato»¹⁵⁰.

La forma di diversione ritenuta idonea viene comunque solo *proposta*; l'indagato, coadiuvato necessariamente dal suo difensore, valuta se accettare la via alternativa oppure affrontare il procedimento penale. 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 extragiudiziario. Occorre quindi che il consenso, oltre che essere informato e consapevole, sia anche continuativo e permanga nel tempo fino al provvedimento conclusivo della vicenda. Il consenso non può infine essere considerato alla stregua di un'ammissione di colpa¹⁵¹ e la presunzione di non colpevolezza resta intatta, essendo proprio l'assenza di ogni stigmatizzazione uno degli scopi della diversione¹⁵².

Ogniquale volta il tentativo di risoluzione informale, per qualsiasi ragione, fallisca è previsto il rientro nei binari ordinari del processo dal punto in cui questo era stato sospeso. Se invece l'indagato (o l'imputato) 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*”).

corso di formazione o l'esercizio di una determinata professione, nonché trattamenti medici, psichici o di disintossicazione.

¹⁴⁹ Per una panoramica sulla mediazione penale in Austria cfr. M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Der außergerichtliche Tatausgleich in allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 86. Più di recente, R. GOMBOTS, C. PELIKAN, *Austria*, cit., pp. 14 ss.

¹⁵⁰ B. TRUMMER-KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 158.

¹⁵¹ «Il consenso si riferisce alla probabile verità storica nella stessa forma ipotetica tipica dell'accusa 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*, cit., p. 336; cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., p. 35.

¹⁵² Per qualcuno addirittura il mantenimento della presunzione di innocenza costituirebbe lo scopo principe della diversione, cfr. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 335. Parte della dottrina austriaca rileva tuttavia nel concreto una certa tensione fra la disciplina della diversione e il detto principio, tensione considerata tuttavia sopportabile se rapportata ai vantaggi che la diversione stessa garantisce e a fronte del carattere consensuale dell'istituto: «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 innocenza non si possa girare attorno. [...] È tuttavia sopportabile se accompagnato dal consenso dell'interessato debitamente informato», M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., p. 151; cfr. anche R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35. Secondo altri, 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 stessa, così F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in P.G. MAYR (Hrsg.), *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, Manz, Wien, 1999, p. 140.

4. E in Italia?

Nel panorama italiano la discussione intorno alle alternative al processo, e in particolare intorno gli istituti di *diversion* che si andavano sviluppando e perfezionando inizialmente oltreoceano e poi nel continente europeo, è stata accolta con relativa freddezza. Con poche eccezioni¹⁵³, l'Italia sembra essere rimasta perlopiù estranea al dibattito che si andava espandendo e ciò spiega il motivo per cui nella totalità dei documenti che riportano le esperienze sviluppatesi in tutto il mondo non venga mai fatto cenno al nostro ordinamento.

L'occasione per un confronto sulle tematiche in esame arriva con l'invito a partecipare al Convegno dell'A.I.D.P. del 1984 al Cairo¹⁵⁴, nel cui ambito, con la relazione della delegazione italiana all'incontro, trova spazio la prima riflessione organica sull'argomento¹⁵⁵. Viene constatata la sostanziale assenza nel nostro Paese di strumenti di diversione, ritenuta imputabile soprattutto al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale consacrato in Costituzione, il quale costituirebbe un insormontabile impedimento per il legislatore nell'immaginare percorsi alternativi all'*iter* processuale ordinario¹⁵⁶. Evidenziato il funzionamento di alcuni singoli istituti che, secondo l'autore «possono in qualche modo ricondursi all'area della *diversion*», pur discostandosene ad una osservazione più attenta¹⁵⁷, si riconosce la sussistenza di una situazione normativa «frutto

¹⁵³ G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversione nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 1494; V. FANCHIOTTI, *Speranze e delusione in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riferimento al diversion)*, in *Giust. pen.* 1983, III, p. 228; G. GUARNERI, *Modificazioni nella reazione alla criminalità. Una proposta nordamericana: il diversion*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1700.

¹⁵⁴ Sul quale, in particolare con riferimento alla definizione di *diversion* data dagli organizzatori, cfr. cap. I, § 3.

¹⁵⁵ Relazione affidata al prof. Vittorio Grevi e poi confluita nel contributo, V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 47. Per quell'occasione, cfr. anche il lavoro di C.M. CAMPANINI, *Alternative al giudizio penale nell'ordinamento nordamericano: le tecniche di "diversion"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, f. 1, p. 131.

¹⁵⁶ «Sorgono alcuni problemi di 'fedeltà' rispetto alla linea di svolgimento prospettata [...] poiché in Italia la situazione è [...] all'insegna di una rigida vigenza del principio di legalità – a livello costituzionale – è facile rendersi conto come la maggior parte di tali misure non risulti compatibile con una simile impostazione: con la conseguenza di ridurre a confini assai ristretti l'ambito di operatività nell'ordinamento italiano di un concetto di *diversion* così definito», V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, cit., p. 48.

¹⁵⁷ Il riferimento è ad alcuni fenomeni descritti nella relazione: la decriminalizzazione, la quale tuttavia appare evidente «non possa ricondursi all'ambito della *diversion*» (p. 55), l'oblazione, che tuttavia assume più la forma di una «degradazione dell'illecito penale contravvenzionale in illecito amministrativo» (p. 56), la querela, in particolare nella forma della sua remissione, che si sostanzia però nell'«incidenza sul processo di una condizione di procedibilità rimessa alla volontà dell'offeso dal reato» (p. 57), la 'bonaria composizione dei dissidi privati' ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza ex art. 1 R.D. 18 giugno 1931, n. 773, tuttavia «istituto [...] configurato avendo di mira questioni non rilevanti sul piano penale» (p. 59), e l'applicazione su volontà delle parti di sanzioni sostitutive della pena detentiva, allora prevista dall'art.

di scelte legislative fra loro non coordinate, spesso occasionali» e che «in ogni caso presentano un evidente sapore di eccezionalità rispetto al sistema processuale penale ordinario»¹⁵⁸. Il documento si conclude con un riferimento all'imminente introduzione nell'ordinamento, con la riforma del sistema processuale in cantiere, di riti speciali a base consensuale, i quali potrebbero, stando alla ricostruzione offerta nella relazione, essere considerati alla stregua di «*diversion* a livello processuale». Si tratta tuttavia di una evidente forzatura, chiara anche all'autore, risultando assai più aderente alla realtà il riconoscimento del fatto che l'Italia si presenta come «un ordinamento che [...] non consente forme di *diversion* in senso classico»¹⁵⁹.

La paventata impossibilità di accogliere nella legislazione italiana strumenti alternativi al processo penale si è tradotta in un abbandono pressoché totale della tematica nel dibattito scientifico. Escluse alcune reazioni all'incontro internazionale, di stampo soprattutto critico¹⁶⁰, sulla diversione è calato un sipario impenetrabile e dell'istituto, che pareva non avere alcuno spazio nel nostro ordinamento, non si è più fatta menzione per diversi anni.

La situazione è mutata dal momento in cui il legislatore ha scelto – a dispetto del presunto ostacolo rappresentato dall'obbligatorietà dell'azione penale¹⁶¹ – di inserire in alcuni sottosistemi della giustizia spazi più o meno marcati di degiurisdizionalizzazione. Che fosse in nome di specificità proprie di alcuni settori della penalità (minore età dei protagonisti delle vicende delittuose, minima offensività di fatti c.d. bagatellari) oppure

77 della l. 24 novembre 1981, n. 689, sanzioni sostitutive delle quali appare arduo però riuscire a sostenere, come pure l'A. tenta di fare, la non classificabilità «*tout court* come sanzione penale» (p. 64).

¹⁵⁸ V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, cit., p. 73.

¹⁵⁹ V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, cit., p. 75. Unica eccezione rilevata nella relazione e che effettivamente rientrerebbe *in toto* nel paradigma di diversione così come delineato dal *Commentaire* di preparazione ai lavori – che comprendeva anche le forme di *diversion* semplice, o senza intervento (cfr. cap. I, § 3) è l'istituto del perdono giudiziale, in ambito minorile, ricollegabile «ad una preoccupazione di salvaguardia del minore da esperienze 'stigmatizzanti'» (p. 67).

¹⁶⁰ Cfr. in particolare il contributo di F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 539, che vede nella diversione da un lato la volontà di superare una «concezione retributiva della pena, verso la ricerca di forme di rieducazione del colpevole che lo reinseriscano nella società e non lo emarginino», dando un'interessante lettura del contesto culturale e sociale nel quale essa si innesta (una «riscoperta dell'individuo come persona titolare di autonomi interessi che non sempre possono essere ridotti a semplice oggetto di insindacabile valutazione giuridica da parte dello Stato», per cui «la funzione di controllo sociale, tradizionalmente affidata all'autorità pubblica, si viene diversificando [...] attraverso una visione più moderna - e più complessa - dei rapporti fra Stato e società civile»), ritiene tuttavia «venute meno le istanze "illuministiche" della teoria di Lemert» e rileva come della diversione «si parla oggi quasi esclusivamente al fine di risolvere la cronica situazione di sovraccarico del lavoro giudiziario», concludendo in senso generalmente negativo sulla potenziale effettività e praticabilità di simile strumento; di diverso avviso G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversione nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 1494; cfr. anche M. BONETTI, *Diversion: una proposta di lettura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1145;

¹⁶¹ Sull'effettiva incidenza dell'art. 112 Cost. sulla possibilità di prevedere alternative al processo penale, si v. *infra*, cap. VI, § 2.2.

a causa dell'insostenibile e cronico sovraccarico del lavoro di cui erano investiti i tribunali, istituti assai vicini a vere e proprie alternative al processo penale si sono fatti strada tra i gangli della legislazione italiana¹⁶², oggi anche nel processo ordinario per adulti¹⁶³.

4.1. *La giustizia minorile.*

L'ambito minorile è quello in cui più facilmente si sono immaginati istituti rispondenti ad una logica diversa a quella che fonda la sequenza accusa-giudizio-pena. La giovane età degli imputati, l'evoluzione in corso del loro carattere, nonché la natura sovente – anche se non necessariamente – bagatellare dei reati che vengono commessi, spesso consistenti in 'bravate' adolescenziali, hanno giustificato una legislazione sperimentale che si è potuta discostare dai binari ordinari.

Se è vero che finalità espressamente educative restano estranee anche al processo a carico di minori e che dunque «il rapporto tra processo penale ed educazione del minore non può essere visto in termini di strumentalità del primo all'altra», allo stesso tempo vige la necessità di garantire la «minima lesività del processo rispetto allo sviluppo personale del minore»¹⁶⁴, dal che la predisposizione di una serie di istituti volti a coniugare le prerogative del processo penale con la tutela delle istanze educative dei più giovani¹⁶⁵.

In questa cornice di senso il legislatore ha ritenuto possibile istituire strumenti «accomunati dall'esigenza di fornire una risposta al reato commesso prescindendo, ove possibile, dall'irrogazione di una condanna», con lo scopo di perseguire «istanze ulteriori oltre a quelle di mero accertamento della verità»¹⁶⁶.

¹⁶² Coerentemente con la definizione di diversione che è stata accolta nel presente lavoro (cfr. cap. I, § 3.4.), non verranno considerati nella disamina che segue quegli istituti che si risolvono in una mera presa d'atto della minima offensività del reato, traducendosi in ipotesi di tenuità o irrilevanza del fatto (art. 34 d.lgs. 274/200, e art. 131-*bis* c.p.p.). Sui profili di differenziazione di simili strumenti dalle ipotesi di diversione si è già detto al cap. I, § 3.2.

¹⁶³ Il riferimento è all'istituto della messa alla prova, disciplinato dagli artt. 168-*bis* s. c.p. e dagli artt. 464-*bis* ss. c.p.p. Esso sarà oggetto di analisi specifica al cap. V.

¹⁶⁴ P. BRONZO, *Commento al D.P.R. 22 settembre 1988 n. 488, Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - Articolo 10. Inammissibilità dell'azione civile*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 108. In termini di "minima offensività" del processo penale minorile, che porta ad evitare il rito ogniqualvolta risulti inutile o pregiudizievole, cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, voce *Messa alla prova*, in *Dig. d. pen.*, Agg. V, Utet, Torino, 2010, p. 559.

¹⁶⁵ Cfr. P. BRONZO, *Commento al D.P.R. 22 settembre 1988 n. 488*, cit., p. 109.

¹⁶⁶ A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 140, in cui si legge che il rito minorile ospita vere e proprie «tecniche di *diversion* precoce» (p. 141), e questo malgrado una

In particolare ci si riferisce alla messa alla prova (artt. 28 e 29, d.P.R. 488/1988) e alla mediazione preprocessuale (art. 9 combinato all'art. 27, d.P.R. 488/1988)¹⁶⁷. Entrambi i meccanismi, l'uno legislativo, l'altro frutto di un'interpretazione giurisprudenziale intraprendente, sono accomunati dalla particolare attenzione posta all'effetto stigmatizzante del processo e permettono una rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale senza rinunciare a predisporre un percorso di responsabilizzazione. Tutto questo avviene tuttavia, come si vedrà, non senza alcune criticità che pongono la normativa italiana ancora a una certa distanza dai modelli tratteggiati dalle fonti internazionali e dalle esperienze straniere.

L'istituto della messa alla prova, disciplinato agli artt. 28 e 29 d.P.R. 488/1988¹⁶⁸, attribuisce al giudice minorile – solo successivamente dunque all'esercizio dell'azione penale, primo elemento di distanza dai modelli visti di diversione – il potere di sospendere il procedimento per un tempo stabilito, durante il quale il minore è posto sotto osservazione ed è tenuto all'assolvimento di specifici impegni, affiancato dai servizi sociali¹⁶⁹. Sono evidenti gli aspetti della disciplina che richiamano le caratteristiche tipiche di un intervento di diversione: la deviazione dall'*iter* processuale ordinario, la predisposizione di un percorso ad esso alternativo in cui si richiede una partecipazione

certa «difficoltà culturale del sistema giudiziario ad attribuire legittimazione a procedure alternative di composizione del conflitto» (p. 165).

¹⁶⁷ Coerentemente con la definizione che si è data di *diversion* (cap. I, § 3.4), si prendono in considerazione solo i meccanismi della giustizia minorile che presuppongano un percorso alternativo a quello ordinario, e non semplicemente la interruzione anticipata del processo. Restano dunque esclusi dall'analisi non solo l'irrelevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88), ma anche il perdono giudiziale (art. 169 c.p.). Include invece tali istituti fra quelli da intendersi come strumenti di diversione, fra gli altri, C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 176 ss.

¹⁶⁸ L'art. 28, co. 1 e 2, recita: «Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato». L'art. 29 disciplina poi l'esito della prova, statuendo che «decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minore e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo. Altrimenti provvede a norma degli articoli 32 e 33», ovvero prosegue il procedimento nelle forme ordinarie.

¹⁶⁹ Sulla disciplina in oggetto la letteratura è vastissima. Ci si limita a richiamare, tra i commenti immediatamente successivi all'emanazione della normativa, G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di "probation" minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2866; U. GATTI, M.I. MARUGO, *La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un "nuovo" strumento della giustizia minorile italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, p. 85; M. COLAMUSSI, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la "messa alla prova". Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2809; in ambito monografico, E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minore*, Giuffrè, Milano, 2003; M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Cedam, Padova, 2010.

attiva dell'imputato, l'eventuale chiusura anticipata del procedimento in assenza di condanna.

Ciononostante non mancano elementi che lasciano intravedere nell'istituto una «natura di misura penale»¹⁷⁰. Stando alla lettera della norma, infatti, non viene richiesto il consenso del ragazzo, elemento questo altamente problematico e che ha fatto scaturire in dottrina un serrato dibattito. A risolvere il *deficit* normativo è stata paventata la soluzione secondo cui, mancando il presupposto del consenso e al fine di non incorrere in pericolose violazioni della presunzione di non colpevolezza, la normativa assumerebbe come avvenuto l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato¹⁷¹. La stessa Corte costituzionale ha definito l'accertamento di colpevolezza «presupposto logico essenziale» del provvedimento dispositivo della messa alla prova¹⁷², lasciando tuttavia irrisolta la questione del contenuto di tale accertamento, e se cioè 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. Proprio la mancanza di profili consensuali, rimarcata anche dalla stessa Corte costituzionale che ha incidentalmente negato la necessità del consenso dell'imputato alla messa alla prova e affermato doversi rimettere «al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova»¹⁷³, ha portato a ritenere che la soglia di accertamento «non può divergere da quella che è necessario integrare ai fini della condanna penale»¹⁷⁴, il che allontanerebbe piuttosto marcatamente l'istituto dalla *ratio* e dalle logiche dei meccanismi di *diversion*.

Buona parte della dottrina propone tuttavia una lettura diversa della normativa. Se da un lato «la sinteticità della pericope “sentite le parti” richiede funambolismi interpretativi

¹⁷⁰ C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 347.

¹⁷¹ Cfr. sul punto S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni di iure condito e spunti di iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1993, che insiste sull'essenzialità dell'adesione del soggetto quale presupposto per la rinuncia all'accertamento. Altri hanno affermato come «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», A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 182; cfr. anche C. Cesari, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., p. 347.

¹⁷² C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, p. 972.

¹⁷³ C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, cit., 978, sulla quale cfr. G. DI CHIARA, *In tema di modelli differenziati speciali: riti semplificati minorili e “messa alla prova”*, in *Foro it.*, 1995, p. 2393, nonché A. PULVIRENTI, *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, f. 3, p. 299.

¹⁷⁴ S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali*, cit., p. 1996.

per teorizzare vincoli a livello decisorio»¹⁷⁵, la necessaria volontarietà dell'adesione al progetto, e quindi alla messa alla prova, viene ricavata dal termine "assumere", che compare all'art. 27 della normativa di attuazione (d.lgs. n. 272 del 1989) con riferimento ai contenuti del progetto¹⁷⁶. Secondo i fautori di tale impostazione, al consenso non dovrebbe tuttavia essere attribuito il significato di una confessione, come pure è stato da più parti tentato di fare¹⁷⁷.

Passando ad una seconda modulazione extra-processuale della risposta al reato in ambito minorile – ritenuta «la forma più radicale di *diversion* fino ad oggi sperimentata dal nostro sistema»¹⁷⁸ – l'art. 27 d.P.R. 488/1988, che disciplina le ipotesi di improcedibilità per irrilevanza del fatto¹⁷⁹, viene talvolta applicato quale strumento di anticipazione della fine del processo nella particolare combinazione con l'art. 9 del medesimo testo normativo, che 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». Esso, al fine di permettere l'ingresso della mediazione penale nel rito minorile anche in una fase anticipata del procedimento¹⁸⁰, è stato 'letto' dagli operatori della giustizia nel senso di abbracciare anche il coinvolgimento di mediatori esperti, operanti presso appositi centri¹⁸¹, al fine di tentare

¹⁷⁵ S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali*, cit., p. 2004, con riferimento al disposto del comma 1 dell'art. 28 d.P.R. 488/88.

¹⁷⁶ Cfr. A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 185; nello stesso senso, C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., pp. 356 ss.; Secondo A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 289, «requisito da ritenersi necessario per la praticabilità della messa alla prova, nonostante il silenzio della legge, è il consenso dell'imputato».

¹⁷⁷ La confessione infatti non costituisce un requisito di accesso al rito, pure se non sono mancate voci che l'hanno ritenuta un presupposto necessario, tanto in dottrina (M. BOUCHARD, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, vol X, 1995, p. 153) quanto in giurisprudenza (Cass., sez. III, 6 giugno 2008, n. 27754, in *C.e.d.*, n. 240825, nonché, nella giurisprudenza di merito, Trib. min. Bologna, 10 settembre 1992, A, in *Foro it.*, 1993, II, c. 582, secondo cui l'accesso al rito sarebbe «incompatibile con la mancanza di piena e completa confessione degli addebiti da parte dell'imputato»). Sul punto, in senso critico, soprattutto alla luce dei problemi che si creerebbero in ottica di conformità costituzionale, cfr. M. MIEDICO, *La confessione del minore nella "sospensione del processo e messa alla prova"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1292.

¹⁷⁸ A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 168.

¹⁷⁹ Il comma 1 della norma recita: «durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore».

¹⁸⁰ Rimanendo altrimenti la mediazione relegata al solo contesto della messa alla prova, di cui costituisce un possibile contenuto. La prassi ha tuttavia mostrato come solo di rado il progetto di messa alla prova contenga anche il tentativo di mediazione, non in ultimo a causa dell'avanzato stato del procedimento in cui la prova si innesta, cfr. in argomento G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 269.

¹⁸¹ Per una panoramica sui centri di mediazione minorile presenti sul territorio italiano fino al 2012, cfr. I. MASTROPASQUA, N. BUCCELLATO (a cura di), *1° Rapporto nazionale sulla mediazione penale minorile*, Gangemi Editore, Roma, 2012.

la via dell'incontro tra indagato e persona offesa. In caso di esito positivo della mediazione, viene dichiarata l'irrelevanza del fatto in una prospettiva 'sopravvenuta'¹⁸².

Non manca tuttavia chi rilevi come simile costruzione interpretativa, pur avendo il merito di inserire nella disciplina per i minorenni un istituto significativo come la mediazione in una fase così anticipata, implichi una notevole forzatura del dato normativo¹⁸³. Si tratterebbe cioè di un'«utilizzazione impropria dell'art. 9 d.P.R. 448/88»¹⁸⁴, che comporta allo stesso tempo rischi notevoli in punto di rispetto della presunzione di non colpevolezza, posto che manca una disciplina circa il significato da darsi al tentativo di mediazione in caso di un suo fallimento e conseguente rientro nei binari del processo ordinario¹⁸⁵.

L'allargamento del raggio d'azione degli artt. 9 e 27 d.P.R. 488/1988 oltre quello che la lettera della norma consente può ascriversi 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, basata su di un approccio responsabilizzante e costruttivo. In altre parole sembrerebbe richiedersi la predisposizione di una normativa in punto di *diversion*, che in ambito minorile risulta, malgrado tutto, ancora assente.

¹⁸² L'esperienza è stata proposta inizialmente in un progetto pilota a Torino, sul quale M. BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 898, per poi diffondersi negli altri uffici giudiziari minorili della penisola. *Ex plurimis*, F. BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano*, in Giu. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, p. 69.

¹⁸³ Si tratterebbe cioè di una «pratica che, pur sintomatica dell'esigenza di introdurre organicamente la mediazione penale nell'ordinamento minorile [...] determina una palese forzatura», A CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 158; nello stesso senso chi ritiene che «neppure il tenore dell'art. 9 [...] autorizza un'esegesi così audace», C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 126, che poco prima afferma: «il fatto, per consentire il proscioglimento anticipato, doveva essere lievissimo in sé, perché di scarsa consistenza lesiva e sostanziale episodicità nel vissuto del minore, mentre deve escludersi che tale possa diventare, per effetto di una condotta successiva, in parte indipendente dall'imputato e non prevista dalla legge», p. 125. Più morbida sul punto la posizione di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., pp. 293 s.

¹⁸⁴ V. PATANÈ, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in A. MESTITZ (a cura di), *Mediazione penale: chi, come, dove, quando*, Carocci, Roma, 2004.

¹⁸⁵ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 195, la quale propone come possibile soluzione il rispetto di una rigida sfera di confidenzialità su quanto viene detto nell'arco del percorso alternativo.

4.2. La giurisdizione 'di pace'.

La normativa applicabile per i reati di competenza del giudice di pace, di gravità minore e perlopiù espressione di microconflittualità interpersonale, pone l'obiettivo generale della riconciliazione delle parti quale esito passibile di sfociare nella rimessione della querela, condizione di procedibilità connaturata alla maggioranza delle fattispecie di competenza di tale giudice. La pena è da considerarsi l'ultimo strumento attivabile, in un'ottica che «oltre gli scopi meramente deflattivi» comprende anche «la rivalutazione degli interessi della persona offesa e la mitezza ed effettività del sistema»¹⁸⁶. A tale scopo il legislatore ha previsto alcuni istituti che possono latamente essere ricondotti nell'ambito della diversione¹⁸⁷, rispecchiandone i caratteri fondamentali pur essendo, ancora una volta, contraddistinti da elementi differenziali che rendono impossibile una completa identificazione con il modello descritto.

L'art. 29, comma 4, d.lgs. 274/2000 contempla il primo – anche se non più unico¹⁸⁸ – riconoscimento normativo esplicito nel nostro ordinamento processuale dell'istituto della mediazione penale¹⁸⁹.

Se da una parte è stata accolta con favore la menzione della mediazione nella normativa dell'ordinamento processuale¹⁹⁰, non mancano tuttavia perplessità in ordine

¹⁸⁶ K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace, la prospettiva tedesca*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 3.

¹⁸⁷ E difatti di «ipotesi di *diversion*» parlano tanto A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 318, che E. MATTEVI, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 57. La stessa Relazione che accompagna la normativa evidenzia come «alla mancata incidenza su un valore di rango costituzionale primario (quale la libertà personale) ben corrisponde, a sua volta, una 'deformalizzazione' degli strumenti processuali che conduce a una semplificazione ulteriore rispetto a quella già operata per il rito monocratico nei procedimenti ordinari», *Relazione al d. lgs. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 31, p. 69.

¹⁸⁸ Ad esso si affiancano oggi il riferimento alla mediazione quale possibile contenuto del programma di messa alla prova, ex art. 464-bis, comma 4, lett. c), c.p.p. e l'art. 90-bis c.p.p., in attuazione alla Direttiva 29/2012/UE, che fra gli avvertimenti da dare alla persona offesa prevede anche la possibilità di accedere alla mediazione penale.

¹⁸⁹ Esso, al quarto comma, recita: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione». Sull'istituto, in generale, cfr. P. GRILLO, *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento penale davanti al giudice di pace ed al tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. merito*, 2013, pp. 10 ss., nonché D. CHINNICI, *Il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla "scommessa" sulla mediazione*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 876 ss., che individua nella possibile conciliazione tra le parti una forma embrionale di alternativa al processo.

¹⁹⁰ Cfr. 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 L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182,

alle modalità con cui tale primo innesto è stato compiuto, le quali impediscono di equiparare l'istituto in oggetto ad una ipotesi di diversione in senso proprio.

La conciliazione delle parti, infatti, anche nella forma ben più strutturata e assai diversa della mediazione penale¹⁹¹, rimane un mero strumento, eventuale e affatto necessario, per addivenire alla remissione della querela, la quale può benissimo ottenersi a prescindere da questa. Il segmento processuale parallelo, se tale può essere considerato anche il tentativo di conciliazione ad opera del giudice stesso¹⁹², non ottiene cioè in questa sede alcun valore processuale proprio, né si pone alcuna finalità autonoma, risultando asservito ad un evento processuale ulteriore e indipendente che può essere raggiunto anche a prescindere da questo, quale è la remissione della querela. L'aver legato l'esito della conciliazione o della mediazione alla sola remissione di querela, senza far conseguire all'avvenuta pacificazione conseguenze dirette a livello processuale, è opzione che certo evita di incorrere nelle problematiche derivanti dalla vigenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che in questo modo non vengono in questione. E tuttavia in un meccanismo sì costruito non è possibile rinvenire uno strumento di diversione propriamente detto¹⁹³.

Da salutare con favore, invece, la previsione per cui, in caso di fallimento del tentativo di pacificazione stragiudiziale, gli scambi intercorsi nell'ambito della conciliazione o della mediazione presso una struttura esterna non possono essere utilizzate dal giudice ai fini della sua decisione¹⁹⁴.

che vi vede non un processo di privatizzazione del conflitto, ma il riconoscimento dell'interesse – pubblico – ad un ragionevole impegno volontario, di segno opposto rispetto al disvalore cagionato con il reato.

¹⁹¹ Discutibile, ed espressione di una scarsa conoscenza dei due istituti, la scelta del legislatore di mettere conciliazione e mediazione sullo stesso piano, «quasi sulla base di una ritenuta fungibilità fra le stesse», A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 305. A differenza di quanto si può dire con riguardo alle diverse tecniche di conciliazione, nelle quali «il conciliatore gioca un ruolo determinante nel costruire i termini dell'accordo» (nota 81), «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», p. 306.

¹⁹² Sulle diverse logiche che governano rispettivamente l'operato del giudice e del mediatore, L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”? Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 140.

¹⁹³ Né, d'altra parte, le finalità prevalentemente deflative cui l'istituto è asservito (il meccanismo sarebbe volto «non tanto a dare una risposta diversa al fatto costituente reato quanto a definire anticipatamente la vicenda processuale. Uno strumento [...] per lo più tarato su finalità deflative, e legittimato dalla prevalente componente privatistica del bene giuridico leso», A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 304) hanno molto a che fare con quelle istanze di risocializzazione e contenimento della stigmatizzazione proprie della *diversion*.

¹⁹⁴ Si tratta di una norma ‘rumorosamente’ assente nella disciplina della messa alla prova per adulti, sulla quale cfr. cap. V. Riteneva sia da preferire in ogni caso, al fine di evitare influenze inconsapevoli sulle determinazioni del giudice, la scelta di avvalersi di centri di mediazione esterni, V. BONINI, *Sub art. 29*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale, Commento al d.lgs. 28*

La disciplina del giudice di pace prevede poi una seconda definizione alternativa del processo: l'estinzione del reato per avvenute condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. 274/2000)¹⁹⁵.

Di nuovo la domanda se ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di diversione propriamente detta. Di certo emerge la volontà del legislatore 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, ad iniziativa del reo, che annulla il disvalore causato. Gli atti riparativi devono infatti essere portati a termine prima e al di fuori del processo, 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 che si innesta sul procedimento ordinario, attivata e accompagnata da organi statali, né, riprendendo la definizione del 1983¹⁹⁶, nell'ambito di un "programma non penale" il cui successo decreta quale esito naturale la fine anticipata del procedimento. Nella disciplina del giudice di pace, piuttosto, l'intento della legge sembra essere quello di evitare il processo là dove all'offesa sia stato posto rimedio e lo stesso non venga più percepito come socialmente necessario, senza tuttavia sostituirlo con alcunché.

Vi sono altri indici che denotano la 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 rimangono

agosto 2000, n. 274 e alle successive modifiche, Utet, Torino, 2002, p. 262. Nel senso che il ricorso a centri di mediazione dovrebbe rappresentare addirittura un "dovere" per il giudice di pace, alla luce dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 274/2000, G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 82.

¹⁹⁵ I commi 1-3 della norma recitano: «il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. Il giudice di pace può disporre la sospensione del processo, per un periodo non superiore a tre mesi, se l'imputato chiede nell'udienza di comparizione di poter provvedere agli adempimenti di cui al comma 1 e dimostri di non averlo potuto fare in precedenza; in tal caso, il giudice può imporre specifiche prescrizioni».

¹⁹⁶ R. HIRANO, L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, Commentaire in *preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale, 1983*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 84. 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.

comunque rivolte all'aspetto materiale della vicenda¹⁹⁷. Ci si può chiedere allora se sia appropriato il termine "riparazione", quando in realtà sembra che si voglia indicare un semplice risarcimento¹⁹⁸. 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, è considerato idoneo ad annullare l'effetto negativo del reato e far venir meno la necessità del processo. Se ne trova conferma in alcune pronunce giurisprudenziali, secondo le quali sarebbe sufficiente che le pretese risarcitorie vengano soddisfatte da persone terze rispetto all'imputato, purché siano state provocate, sollecitate e non ostacolate da quest'ultimo¹⁹⁹. Non importa chi "ripari" (o meglio, risarcisca), purché qualcuno lo faccia, il che mostra la lontananza dalle logiche della diversione, che ha come obiettivo un percorso di risocializzazione, per via diversa dal processo e dalla pena, della persona coinvolta.

Al giudice non viene nemmeno attribuito un ruolo propulsivo, dovendo «essere l'imputato ad informare il giudice dello sforzo reintegratorio compiuto»²⁰⁰. In più permane in ogni caso «il rischio di una condanna, nonostante la riparazione del danno, perché il giudice di pace può ritenerla insufficiente»²⁰¹, mentre la diversione dovrebbe costituire un procedimento definitivamente e necessariamente risolutorio della vicenda.

Con riguardo poi all'ipotesi disciplinata dal terzo comma dell'art. 35, in forza del quale il giudice può sospendere il procedimento per un massimo di tre mesi per dare all'imputato il tempo di riparare, un altro elemento mostra la non riferibilità della normativa alle ipotesi di diversione: la sospensione è infatti possibile solo se l'imputato dimostra di non aver potuto provvedere alla riparazione in precedenza. Non di un'alternativa al processo si tratta allora, bensì solo della garanzia di applicabilità del

¹⁹⁷ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Commento all'art. 35 – Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 205.

¹⁹⁸ Sulla differenza che intercorre fra i due istituti, 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, p. 152, che 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 è necessario per rendere possibile una vera riparazione. Mette in guardia da un processo di monetizzazione del dolore, A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 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».

¹⁹⁹ Così Giud. pace penale, Bologna, 12 febbraio 2003, *inedita*, che riprende l'impostazione di Corte cost., 23 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 2297 ss., su cui 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*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 142.

²⁰⁰ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., p. 147.

²⁰¹ K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., p. 13.

primo comma nel caso in cui l'imputato per motivi estranei alla sua volontà non abbia potuto riparare in precedenza il danno. Neanche la menzione delle "specifiche prescrizioni" impartibili dal giudice possono indurre a ritenere il contrario, in quanto anche esse devono considerarsi «finalizzate esclusivamente all'adempimento delle condotte di cui al 1° comma»²⁰².

In conclusione si può affermare che l'art. 35 prevede una forma di estinzione del reato che non si discosta grandemente dalle ipotesi di tenuità del fatto, anche se, a differenza di quanto avviene con l'art. 34, qui l'inutilità del processo non è fatta derivare dall'irrilevanza dell'offesa ma dall'avvenuto risarcimento del danno. In entrambi i casi l'ordinamento prende atto, in un atteggiamento passivo, di mero accertamento, della superfluità del processo e della pena, senza sostituire nulla ad essi.

Malgrado la non perfetta riferibilità delle ipotesi di deprocessualizzazione viste con il modello rappresentato dalla diversione per come ricavato dalle fonti internazionali e dalle esperienze di altri ordinamenti, non deve tuttavia essere sottovalutato il dato per cui la disciplina delle definizioni alternative del processo davanti al giudice di pace potrebbe costituire una importante via d'ingresso per tale istituto nell'ordinamento italiano²⁰³. La strada percorsa dall'Austria, ad esempio, non è stata dissimile, posto che l'appiglio normativo della prima fase di sperimentazione era stato trovato nel § 42 StGB (oggi abrogato e sostituito dal § 191 StPO), che disciplinava al primo e al secondo comma due ipotesi perfettamente speculari ai nostri articoli 34 e 35 d.lgs. 274/2000. È significativo denotare come proprio a partire da quelle norme è stato ipotizzato il primo innesto della diversione nel tessuto ordinamentale austriaco e che da esse è scaturita l'attuale disciplina che la compone. Non può dunque escludersi che un percorso simile possa essere compiuto anche dall'Italia.

²⁰² S. QUATTROCOLO, *Commento all'art. 35*, cit., p. 210. Il giudice dovrebbe cioè limitarsi ad indicare l'opzione preferibile tra il risarcimento in forma specifica e quello in forma equivalente, oltre che le modalità di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose reputate idonee allo scopo.

²⁰³ E difatti non manca chi già abbia paventato la possibilità di inserire in tale contesto un innesto della mediazione penale, da considerare come elemento riparativo ai fini dell'estinzione del reato, cfr. G. FIDELBO, voce *Giudice di pace* (dir. proc. pen.), in *Dig. d. pen.*, Agg. II, Utet, Torino, 2004, p. 242. Sul punto è tornata di recente Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., pp. 324 ss., che vi ravvede un «dato concreto per apprezzare il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale e di riprovazione del reato» (p. 327), nonché M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, cit., p. 4197.

Capitolo III

Fondamenta di un'ipotesi: il processo penale come necessità

1. *Processo penale e potestà punitiva.*

1.1 *Dalle finalità...*

Parlare di alternative al processo significa innanzitutto parlare di processo. Interrogarsi sulla legittima praticabilità delle alternative al processo penale, che negli ordinamenti moderni hanno preso forma nelle diverse tipologie di diversione, rende necessario soffermarsi, seppure nei limiti che il presente lavoro consente, sul processo penale. Nel momento infatti in cui si decide che di esso si può fare a meno, sostituendolo con qualcosa di “diverso” – con una forma di diversione appunto – occorre sapere bene a che cosa si rinuncia, che cosa si perde, ed essere consapevoli delle ragioni che simile rinuncia possono giustificare. Occorre guardare al processo nelle sue funzioni, al motivo della sua esistenza, e questo soprattutto, si vedrà, rispetto alle ragioni e alle circostanze che lo rendono a certi fini un momento necessario ed irrinunciabile. Solo la consapevolezza della necessità del processo penale a fronte di determinate esigenze permette infatti di fondare legittimamente la rinuncia a tale strumento. Solo chiarendo per che cosa il processo penale è e rimane imprescindibile si può immaginare di farne a meno senza con ciò intaccare diritti di libertà e garanzie individuali, frutto di un lungo e faticoso cammino nella cultura giuridica¹.

Un primo possibile approccio è quello di interrogarsi sulla finalità del procedimento penale. La questione è di quelle troppo banali e troppo complesse allo stesso tempo. Come spesso accade per le questioni di fondo da cui dipende l'intera costruzione culturale prima, e normativa poi, di un sistema, il rischio maggiore è di tralasciarle per concentrarsi invece sulle problematiche più particolari. La consapevolezza che ci si muove su terreni

¹ La bibliografia sul punto è sconfinata. Nell'impossibilità di darne conto in modo completo, si citano le opere che maggiormente hanno guidato la stesura del presente capitolo, rimandando alle, quelle sì, complete bibliografie *ivi* contenute: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, I-II, Giuffrè, Milano, 2° ed., 1982; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, II ed., Bologna, 2007; M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Einaudi, Torino, 1976.

perigliosissimi, da cui dipende la legittimazione di un intero ordinamento, costituisce infatti motivo più che sufficiente per abbandonare simili propositi. Non stupisce dunque che lo sforzo della riflessione sullo scopo, e sull'aderenza allo scopo, del processo penale abbia talvolta portato a «“teleologicizzare” il mezzo, a risolvere il fine nel mezzo»², cioè, nel nostro caso, a non interrogarsi sulle funzioni del processo penale, ma ad assolutizzarne l'esistenza come “fine in sé”, concentrandosi piuttosto sui suoi meccanismi specifici.

Il tema dello scopo del processo penale si intreccia indissolubilmente con quello del rapporto di questo con la pretesa punitiva di un ordinamento, espressa dalla norma sostanziale³. Interrogarsi sugli scopi del processo penale equivale così ad indagare «l'origine [del] modo di concepire i rapporti tra potestà punitiva e giurisdizione»⁴. Se infatti oggi si parla di “processo penale”, significativamente «“procedura” è la parola più antica e ancora di più “giudizio”, che indubbiamente è una denominazione ricca di forza espressiva: il processo, infatti, sta *in medio* tra il reato e la pena»⁵.

Il dibattito sulle funzioni del processo penale, e in particolare sui rapporti che intercorrono tra processo e norma penale sostanziale, è dunque antico, ma continua a riaccendere ciclicamente gli animi degli studiosi. Esso è reso particolarmente complesso dall'intrecciarsi di due diversi angoli di visuale con i quali si può avvicinare la problematica, quello descrittivo, ovvero l'essere di tali rapporti, e quello prescrittivo, quello cioè del loro dover essere. È utile ripercorrere brevemente alcune battute, più recenti, di tale dibattito, per meglio individuare l'ambito della questione e concentrare l'attenzione sui profili che più interessano ai fini del presente lavoro.

Emerge talvolta dalle parole della dottrina penalistica l'aspettativa riposta nel processo penale di saper produrre accertamenti, sì, ma ai fini dell'applicazione della legge sostanziale, e quindi in particolare del suo contenuto punitivo⁶. «Obiettivo globale della

² C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 132. Il ragionamento, che veniva svolto non con riguardo al processo, ma alla sanzione penale, può ben essere mutuato anche nel campo giudiziale.

³ «Ogni modello di processo penale, sia che lo si riguardi sotto il profilo normativo sia che lo si consideri sotto quello dell'effettività, segnala sempre, a sua volta, un correlativo sistema, normativo o effettivo, di diritto penale sostanziale. Schemi e culture penalistiche e processual-penalistiche [...] sono sempre tra loro connesse», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 547.

⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 77.

⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 4.

⁶ Leggiamo ad esempio che «il processo penale» è «quel fatto giuridico complesso, in cui i fatti singoli [...] sono tutti coordinati verso uno scopo comune, che è costituito dall'accertamento di una liceità o illiceità penale e dall'applicazione eventualmente coattiva della sanzione rispettiva». O ancora: «Le norme processuali hanno [...] funzione strumentale, nel senso che immediatamente tendono all'accertamento dell'illecito e alla inflizione delle relative sanzioni con la imposizione di nuovi doveri ai soggetti del processo», A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 8° ed., pp. 26 e 28. Altrove troviamo detto che «a partire da fatti previsti dalla legge come illeciti, il cui accadere il

macchina del *law enforcement*, anche nel segmento giudiziario, è (anche) assicurare, mediante una corretta attuazione delle legalità, un livello non insoddisfacente di accertamento e repressione dei reati»⁷.

In risposta a ciò, i processualisti affermano con forza invece la perfetta autonomia della propria sfera di competenza dall'assunto orientamento finalistico del diritto penale sostanziale, rispetto al quale il procedimento penale si differenzerebbe tanto negli scopi quanto nelle prerogative che gli sono proprie. Essi difendono la posizione per cui «mentre per il penalista ciò che vale è l'effettività della sanzione, per il processualpenalista ciò che vale è la effettività delle garanzie assicurate all'imputato, e, quindi, la effettività della giurisdizione»⁸. Non si negano gli inevitabili rapporti con il diritto sostanziale, ma essi dovrebbero considerarsi «come appartenenti assai più all'ordine delle interrelazioni e delle interazioni che a quello delle strumentalità a senso unico»⁹.

La veemenza del dibattito non è casuale. In esso riemergono secoli di storia del diritto e della procedura penale che nel tempo rispecchiavano i diversi modi di intendere il rapporto del diritto con l'autorità. Se la dottrina processualpenalistica si oppone con decisione a concezioni che riducano il processo a uno strumento di attuazione della legge penale, è perché teme ancora di vedere attribuito al processo il ruolo di “servo muto” del diritto sostanziale, e in particolare della vocazione repressiva che esso può, tutt'oggi, rappresentare¹⁰.

processo si incarica di verificare (o ricostruire) secondo rigorosi e doverosi *standard* probatori e regole di giudizio, la giustizia penale resta al fondo principalmente l'imputazione di un accadimento a qualcuno e la di lui punizione», C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Il Saggiatore, Milano, 2015, p. 278.

⁷ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2005, pp. 954, 959 s., che prosegue: «della funzionalità repressiva, il sistema penale non può disinteressarsi se non contraddicendo le ragioni per le quali il processo esiste». Alle posizioni sostenute in quel contributo hanno fatto seguito le obiezioni di S. RUGGERI, *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 263, cui è seguita una contro risposta, D. PULITANÒ, *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 517 ss.

⁸ M. FERRAIOLI, *Prescrizione del reato e «tempi» della giustizia penale*, AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno di Urbino, 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, p. 287. Il discorso si inserisce in una discussione che ha radici lontane. Per una ampia e dettagliata contestualizzazione storica del dibattito circa il rapporto tra processo penale e istanze di repressione dei reati, dibattito che ha visto contrapporsi in particolare la scuola classica e la scuola positiva, cfr. M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della «difesa sociale»*, in AA.VV., *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1974, IV, Il Mulino, Bologna, pp. 419 ss.

⁹ M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, Utet, 2015, 6° ed., p. 3.

¹⁰ Il successivo evolversi del dialogo tra diritto penale sostanziale e processuale che ha portato alla teorizzazione del rovesciamento dei termini del rapporto – un processo che sarebbe da «servo muto trasformatosi in socio tiranno» (T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 529 ss.) – con la denuncia di un fenomeno per cui, soprattutto in virtù dei meccanismi propri dei riti speciali, ora è il processo che «impone le sue regole al diritto penale» (S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 139 ss.), non è quanto interessa analizzare in questa

È ancora ben presente nell'immaginario del processualista ciò che avviene ogni qual volta si realizzi, nei sistemi connotati da una forte concentrazione dei poteri, una chiara influenza finalistica che vuole fare del processo uno strumento di difesa sociale, di realizzazione della pretesa punitiva dello Stato¹¹. Per secoli infatti, ma il pericolo non può mai dirsi definitivamente superato, il processo penale è stato concepito come luogo "finalizzato", ovvero specificamente volto ad individuare 'i colpevoli', in tal modo assumendo una intenzionalità repressiva asservita agli interessi specifici dei pubblici poteri. Processare significava allora dimostrare la colpevolezza di chi sedeva sul banco degli imputati, e sovente tale obiettivo si sostanzialmente, con una famigerata inversione dell'onere probatorio, nella verifica dell'innocenza dell'accusato, chiamato a "provare" la solidità della propria versione dei fatti sopportando trattamenti del tutto disumani¹².

In tali contesti il compito assegnato al procedimento penale e alla giurisdizione consisteva nel «supplire, in via surrogatoria e secondaria, alla protezione dei diritti e degli interessi che le disposizioni sostanziali violate non avevano potuto garantire», punendo innanzitutto l'illecito, quindi placando l'allarme sociale causato, infine retribuendo il danno e prevenendo, tramite un giudizio spesso esemplare e spettacolare, la ripetizione del crimine¹³.

Il processo penale ha dovuto compiere numerosi sforzi per svincolarsi da simile impostazione, facendo emergere e rafforzare, progressivamente, la propria vocazione specifica, così lontana da un'idea di processo inchiodata alla semplice prosecuzione in

sede. Su questo tema, ampiamente trattato, si veda R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in F. GIUNTA, R. ORLANDI, P. PITTARO, A. PRESUTTI (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Ipsoa, Milano, 1998, pp. 38 ss.; per una prospettiva originale, e che coraggiosamente 'rimpalla' la responsabilità del dissesto dell'effettività sanzionatoria alla stessa scienza penalistica sostanziale, cfr. F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silèto poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 135. Qui interessa semplicemente osservare le interazioni fra potestà punitiva e processo alla luce dei fini che a quest'ultimo sono stati e vengono attribuiti.

¹¹ Nel «rapporto tra i due campi del diritto sostanziale e del rito [...] il crisma della strumentalità del secondo rispetto al primo si è potuto evolvere durante i regimi autoritari nell'assoluta supremazia dell'interesse pubblico alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato», D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010, p. 199. Sulla pretesa punitiva intesa come potere di governo, cfr. G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, pp. 801 ss.

¹² Si veda la raccapricciante descrizione dei supplizi subiti da Robert-Francois Damiens nel marzo 1757 come riportati da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, cit., pp. 5-9. Sulla tortura come strumento del giudizio penale, cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1953-1954; L. PANSOLLI, voce *Tortura*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, p. 424; più di recente, S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziale. L'insegnamento di Beccaria come antidoto ai ritorni alle fredde atrocità* (Dei delitti e delle pene, § XVI), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2014, n. 2, pp. 313 ss.

¹³ Cfr. A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7° ed., Cedam, Padova, 2010, pp. 21 s.

chiave procedurale di quello che la norma sostanziale non è riuscita ad ottenere, cioè il rispetto di una norma di comportamento.

Non è dunque la repressione, né la difesa sociale, né la punizione del colpevole il fine del procedimento penale. Oggi si parla di scopo del processo in termini di accertamento del fatto e di garanzia dell'imputato, alternativamente o in combinazione tra loro¹⁴. Il discorso sulla pena è stato posto, a scanso di equivoci, sullo sfondo, per sottolineare come si tratti di questione che non 'interessa' direttamente il processo, ne è al più una possibile conseguenza, non evitabile perché legislativamente preordinata¹⁵.

Malgrado l'abbandono della prospettiva repressiva quale orizzonte teleologico del processo, la questione non può dirsi pacificamente risolta, permanendo alcune contraddizioni aperte, forse irrisolvibili. Ogni tentativo di una «ricostruzione lineare» finisce infatti per non tener conto della complessità del fenomeno reale, e si pone parzialmente in contrasto con quella funzione di controllo sociale che il processo [...] adempie di fatto, direttamente e immediatamente¹⁶. Prova ne è il fatto che, a dispetto delle libertà personali che pure il processo garantista si ripropone di tutelare e salvaguardare, le necessità investigative rendono legittime tutta una serie di attività che

¹⁴ Gli esempi potrebbero essere infiniti. Se ne solo cita qualcuno. Per Carrara, scopo del «rito procedurale» è la «scoperta dei delinquenti» in aiuto agli «onesti», F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Il Mulino, Bologna, 1993 p. 35; secondo V. ANDRIOLI, *Riflessioni sull'insufficienza di prove nel processo penale*, in *Studi Torrente*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 45 s., la finalità del giudizio è la trasformazione dell'ipotesi di condanna – contenuta nell'accusa – in tesi, mediante la prova dei fatti oggetto dell'imputazione. Più recentemente si è detto che: «il processo è un meccanismo volto ad assicurare un accertamento di una determinata qualità», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 84; la stessa Corte costituzionale ha sottolineato come «fine primario ed ineludibile del processo penale è la ricerca della verità», Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 915. Pone l'accento sul versante di tutela chi afferma «studio degli strumenti processuali come strumenti per l'attuazione di 'garanzie della persona'», M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, I, cit., p. 4.

¹⁵ In questo senso sembra potersi leggere la sintetica ma efficace definizione di Cordero: «il processo penale serve a verificare se una persona debba essere punita», F. CORDERO, *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 8; nella stessa scia anche P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Cedam, 2011, p. 24, con l'affermazione per cui «obiettivo del processo penale» è «assicurare che solo il colpevole sia punito, e con la giusta pena, e che l'innocente venga protetto e tutelato». Lo stesso Chiavario non fugge la prospettiva dell'immanenza della pena sul processo, e, pur collocando nella sua trattazione della materia al «centro dell'attenzione le garanzie della persona dell'accusato», tramite quella che l'autore stesso definisce «un'opzione in qualche misura, "valoriale"», riconosce che «la scelta di tale prospettiva non significa ignorarne tutta una serie di altre, a loro volta non prive di implicazioni dello stesso genere, e delle quali ogni discorso sul processo penale e sulla relativa disciplina farebbe male a non tener conto» a partire «da quella della sofferenza – e dunque della "pena" in senso lato – che il processo stesso può comportare (e spesso, in effetti, comporta)», M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 3.

¹⁶ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 85. In senso analogo chi ammonisce come sia «anche comprensibile sentire dire dal processualpenalista che egli non accetta di farsi coinvolgere nel discorso sulla funzione punitiva dello Stato. E tuttavia il garantismo, pur assolutamente necessario, non è sufficiente a definire l'insieme delle funzioni del processo. [...] occorre che la verità detta dal sistema nel suo complesso stia in un rapporto non troppo insoddisfacente rispetto alle esigenze di verità e di giustizia repressiva, poste dal diritto sostanziale», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 959.

se fossero poste in essere da privati cittadini costituirebbero reato¹⁷. Istituti quali le perquisizioni, le intercettazioni e in particolare le misure cautelari sono espressione di esigenze di accertamento e di raccolta del materiale probatorio – a tutela della funzione giurisdizionale del processo, sì, ma con quale fine ultimo?¹⁸ – e mostrano come nonostante la vocazione spiccatamente garantista del processo penale moderno, anche esso non possa dirsi estraneo ai meccanismi di repressione del reato¹⁹.

Così come, sotto altro punto di vista, sarebbe considerato del tutto inefficiente e inutile un sistema giudiziario che si rivelasse incapace di “produrre” accertamenti di responsabilità, mandando, per assurdo, assolti e impuniti tutti gli imputati che si trovasse a contatto con la macchina della giustizia²⁰. La contraddizione in cui si cade se si parla di processo in termini di finalità è bene espressa da Ferrajoli: secondo il filosofo del diritto, in quanto tale estraneo alle dinamiche di autoassoluzione nell'imputare il discorso sulla pena a una scienza giuridica che non sia la propria, il processo adempie «due diverse finalità: la punizione dei colpevoli e insieme la tutela degli innocenti»²¹. Ciò comporterebbe una perdurante lotta interna al sistema, tra due fini che all'atto pratico

¹⁷ «Le disposizioni processuali autorizzano una serie di attività restrittive di diritti (pure di rango fondamentale) esse stesse suscettibili di costituire reato, se non fossero giustificate dalle esigenze connesse al perseguimento penale», D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 192.

¹⁸ Coerentemente, dopo aver esposto le contraddizioni che un istituto quale le misure cautelari sradicate da un contesto inquisitorio implicano, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 47, ne individua la finalità «nonostante tutto, nell'evitare che l'imputato si dia alla fuga, eludendo l'eventuale condanna», e dunque l'applicazione della pena, aggiungiamo. Ma se scopo di un istituto propriamente processuale, quali le misure cautelari, è assicurare l'imputato alla giustizia, come si fa a ritenere estranea al processo ogni finalità repressiva?

¹⁹ È quanto espresso, da D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., pp. 954, 959 s., là dove conclude che entrambe le branche sarebbero «servi gentiluomini dei medesimi valori», in quanto parte di «un'istituzione unitaria, nella quale il volto garantista e il volto repressivo sono compresenti, entrambi agganciati al principio di legalità», e ciò in ragione del fatto che «il principio sostanziale di legalità dei reati trae con sé l'esigenza di certezza dell'accertamento, quale presupposto necessario per l'affermazione di responsabilità», e l'esigenza di certezza trae con sé l'esigenza di garanzie, «la dimensione garantista essendo coesistente al principio di legalità».

²⁰ Di domanda di «produttività» del processo penale, con la quale «si chiede non solo la certezza dell'accertamento come garanzia di legalità, ma anche una capacità di accertamento come condizione di una effettiva (o almeno “passabile”) attuazione della legge repressiva» parla ancora D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., pp. 954 e 960. Quanto all'ortodossia di una espressione che richiama «il linguaggio dell'efficienza meccanicistica e della tecnica», linguaggio significativamente espressivo di una precisa linea di pensiero, cfr. D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 196.

²¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 619. In particolare, tra la finalità della punizione dei colpevoli e quella della tutela degli innocenti, «è questa seconda preoccupazione che è alla base di tutte le garanzie processuali che circondano [il processo penale], e che variamente condizionano le istanze repressive espresse dalla prima. La storia della procedura penale può esser letta come la storia del conflitto tra queste due finalità, logicamente complementari ma nella prassi contrastanti», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 619. La contraddittorietà del sistema che emerge ragionando in termini di tensione finalistica è chiara anche in D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 964, secondo cui «la funzione repressiva è il *prius* logico, punto di partenza ed obiettivo finalistico della macchina istituzionale, anche se, nella disciplina del processo e negli equilibri di ciascun singolo processo, vengono in primo piano – *prius* normativo – i profili garantisti». Sul punto, cfr. anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 26 ss.

risultano difficilmente conciliabili tra loro, e che tuttavia il sistema penale moderno tenta di tenere assieme²².

Anche la stessa dottrina penalistica si guarda bene ormai dall'attribuire al processo penale un ruolo meramente servente e di applicazione della norma punitiva²³, senza tuttavia rinunciare a rimarcare come «dal punto di vista del diritto penale sostanziale, il bisogno di strumenti fonda una pretesa di strumentalità del processo», cosa che costituirebbe un «dato di realtà che non può essere negato»²⁴.

Ragionare sul processo in termini di fini sembra dunque condurre inevitabilmente a esiti contraddittori e poco definiti. Tentare di isolare le finalità del processo penale implica opzioni ideologiche, commistioni tra il piano dell'essere e il piano del dover essere difficilmente districabili.

Eppure occorre una chiave di lettura che chiarifichi il senso del processo penale ai fini di una sua eventuale rinuncia, postulata dalle ipotesi di diversione.

1.2. ...alla necessità del processo penale.

Una chiave di lettura capace di soccorrere la possibilità di un ragionamento intorno alle alternative al processo penale sembra trovarsi, invece che nel discorso sulle *finalità*, in quello sulla sua *necessità*. Per sapere a che condizioni è legittima la rinuncia al rito penale in senso classico non è infatti strettamente utile stabilire a che cosa esso sia genericamente finalizzato, mentre lo è comprendere rispetto a che cosa esso risulti *necessario*.

²² È quanto rilevato con la c.d. 'teoria dualistica', sostenuta dalla scuola classica la quale constata come nel processo coesistano e si scontrino gli opposti interessi della «repressione dei reati e quello dei cittadini ingiustamente accusati», fissando «nella tutela di questi due interessi – e se mai nella netta prevalenza del secondo – il “principio filosofico” della procedura penale, da cui derivava ogni altro corollario», M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della «difesa sociale»*, cit., pp. 427 ss. Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di mettere in luce tale dicotomia, affermando che sia impensabile, pur a fronte di esigenze accertative e repressive pressanti, «attenuare la tutela – piena e incoercibile – del diritto di difesa, coesenziale al processo», ma che ciò non può valere a giustificare costruzioni processuali «che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo», non espressamente nominata ma che si presume coincidere proprio con quelle finalità repressive nominate in precedenza, Corte cost., n. 361 del 1998, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1493, con note di P. TONINI e E. MARZADURI.

²³ Si afferma ad esempio che «la proiezione finalistica del diritto sostanziale» non può deformare «gli equilibri e le garanzie nello svolgimento di ciascuna concreta vicenda processuale», dovendo il processo rappresentare un «luogo di garanzia dei diritti individuali, non uno strumento di lotta alla criminalità», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 958. Si veda anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 26.

²⁴ Questo seppure «l'idea della strumentalità del processo alla potestà punitiva o alla difesa sociale non è idonea a cogliere la totalità e specificità delle funzioni del processo», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., pp. 952 s.

Anche tale prospettiva chiama in causa il rapporto tra potestà punitiva e giurisdizione. Lo fa però in una prospettiva diversa, che merita di essere analizzata più da vicino, in quanto ne evidenzia forse meglio i contorni, permettendo al contempo di individuare con chiarezza ciò per cui il processo penale è a tutt'oggi irrinunciabile²⁵.

È infatti patrimonio comune il dato per cui «l'applicabilità delle pene e delle misure di sicurezza è, nel nostro diritto positivo, condizionata all'accertamento dell'illecito penale e alla determinazione della sanzione attraverso il processo penale»²⁶. Qui non si pongono finalità del processo, ma si prende atto del fatto che esso costituisce un passaggio ineludibile, *necessario*, per l'accertamento del reato e per la comminazione di una pena (o, nel nostro ordinamento improntato al sistema binario, di una misura di sicurezza).

Il processo dunque come *condizione* per l'accertamento dell'illecito penale e per la sanzione.

A ben vedere si potrebbe leggere in questa chiave la stessa evoluzione del processo penale e del pensiero su di esso: da strumento finalisticamente orientato alla repressione dei reati, dunque con un *orizzonte teleologico* espresso, a strumento non evitabile, «immoralità *necessaria*»²⁷.

Parlare del processo penale in chiave di necessità dello stesso implica, si è detto, una rilettura del rapporto tra rito e potestà punitiva. In tale ottica ci sembra possa essere significativo distinguere un duplice ordine di necessità del processo penale. Una necessità di tipo materiale, oggettivo. E un secondo tipo di necessità, da un punto di vista formale, giuridico.

In qualsiasi società minimamente organizzata, in qualsiasi contesto in cui il potere – il Principe di machiavelliana memoria²⁸ – ha privato i singoli della possibilità di reagire autonomamente alle ingiustizie subite allo scopo di circoscrivere e limitare la strabordante e mai saziabile vendetta privata²⁹, si è resa *necessaria* la predisposizione di

²⁵ Infatti dire il fine di uno strumento non significa necessariamente esprimere ciò per cui esso è necessario. Fine di una matita può dirsi la scrittura, ma ai fini della scrittura la matita non è necessaria, ben potendosi usare anche una penna. La matita è semmai necessaria ai fini di una modalità di scrittura facilmente cancellabile. Il terreno dei fini è assai più ampio e liberamente interpretabile di quanto non lo sia quello delle necessità. Rispetto ai fini del processo si possono dire più cose, in modi diversi, tutte vere o quantomeno non necessariamente false. Ben più stabile e fermo invece l'appiglio al tema della *necessità*, che non implica interpretazioni inevitabilmente soggettive, ma permette di guardare al processo penale, anche e – come si vedrà – soprattutto nel rapporto con il potere punitivo, ma dal pragmatico punto di vista delle sue funzioni *essenziali*, che lo rendono uno strumento insostituibile.

²⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 26.

²⁷ Il riferimento non può che essere all'opera di M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

²⁸ Usa quest'espressione per indicare il potere nelle diverse forme storicamente assunte, M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., *passim*.

²⁹ «Le barbare nazioni non conoscono affatto processo. Le di loro cause o si decidono col ferro alla mano, o col parere ed arbitrio d'un senato composto da' capi della nazione, o d'un re, duce nella guerra, giudice

un qualche meccanismo che permettesse alla pubblica autorità preposta di collegare un determinato fatto ad una persona fisica³⁰. Ogni cultura giuridica minimamente strutturata ha difatti stabilito l'avocazione a un soggetto terzo della responsabilità di rispondere agli illeciti, che veniva così sottratta ai privati e affidata a soggetti estranei al conflitto. Questi ultimi tuttavia dovevano *necessariamente* disporre di uno strumentario capace di individuare prima e additare poi un soggetto quale responsabile del fatto, per infine punirlo. In altre parole, «l'azione del punire sarebbe cieca, se il giudice non accertasse i relativi presupposti»³¹.

Ricalcando la distinzione tratteggiata da Ferrajoli, si può assimilare tale necessità materiale alla «giurisdizionalità in senso lato». Essa segna il passaggio dalla giustizia privata, che si concretizza in faide e vendette di sangue, verso una giustizia «giurisdizionalizzata», in cui l'accertamento del reato e l'applicazione delle pene viene sottratta alla persona offesa e ai suoi congiunti per essere affidata in via esclusiva ad un organo giudiziario, terzo rispetto agli interessi delle parti e investito della potestà di dirimere il conflitto stabilendo torti e ragioni³². Oltre che di giurisdizionalità in senso lato si può parlare di necessità meramente materiale del processo, che nulla dice sul *come* dell'accertamento e della comminazione delle pene. Solo emerge il 'dover essere' di *un* giudizio, *un* rito purché sia, anche para-magico, o formulario³³, con il quale l'autorità a ciò preposta possa materialmente connettere un illecito ad un autore³⁴. La sola giurisdizionalità in senso lato è tipica degli ordinamenti caratterizzati da una forte concentrazione del potere, in cui il sistema penale, compreso quello processuale, diviene strumento di esercizio del potere stesso. Senza andare tanto lontano nel tempo, basti pensare al processo intentato contro i membri della Rosa Bianca a Monaco, durante il

e sacerdote nella pace», F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 29. In chiave storica si veda M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF, A. ZORZI (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna, 2001, p. 346-350.

³⁰ «In questa prospettiva limitata, il processo si manifesta come una serie di formalità *necessarie* perché possa farsi luogo all'applicazione della sanzione penale», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 78, corsivi nostri.

³¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 4.

³² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 547.

³³ Per una panoramica quanto mai ampia e variegata sulle tipologie dei processi pre-moderni, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., *passim*.

³⁴ Si tratta di un tipo di processo che bene potrebbe essere piegato anche a logiche squisitamente repressive e sanzionatorie: «in mancanza di ulteriori qualificazioni, anzi, il rispetto delle regole formali potrebbe coesistere con meccanismi repressivi che di processo portano solo il nome», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 78. L'Autore si riferisce qui ad un processo che, pur in presenza di fattispecie di reato legalmente definite, è privo di qualsiasi normazione interna specifica, ma la descrizione ben si attaglia allo stadio ancora precedente rispetto alla creazione di un germe di legalità sostanziale. Di più, *infra*.

nazismo. Esso fu un processo, ma un processo solo *materialmente necessario* per additare i fratelli Scholl e i loro compagni come colpevoli e renderne possibile l'esecuzione capitale, di monito per eventuali altri oppositori del sistema³⁵.

Il processo come lo conosciamo oggi non contraddice *in toto* tale prospettiva. Tuttavia non la reputa più sufficiente e vi affianca la necessità di un determinato *modus operandi* del processo penale³⁶.

L'insufficienza della sola giurisdizionalità in senso lato è una conquista che si deve in particolare all'epoca dei Lumi³⁷. Con essi si teorizza l'invulnerabilità dei diritti del singolo, intrinseci e connaturati alla sua umanità³⁸ – libertà *in primis* – a fronte di un potere statale che viene costretto a spogliarsi della sua assolutezza e a suddividersi, indebolendosi, nelle diverse funzioni – legislativa, esecutiva, giudiziaria – allo scopo di meglio rispettare e tutelare il primato del singolo cittadino³⁹. In tale contesto la potestà punitiva cessa di essere considerata uno strumento di potere, legittimo in sé in quanto diretta espressione del potere assoluto e dunque svincolato del sovrano, e diviene al contrario oggetto di progressive limitazioni⁴⁰. La scienza penale con maggiore consapevolezza abbraccia la

³⁵ La vicenda è narrata in numerosi testi che raccolgono le testimonianze della storia, anche processuale, dei fratelli Scholl e dei loro compagni. Per tutti cfr. I. SCHOLL, *La Rosa Bianca*, trad. it., Itaca, Castel Bolognese, 2006. Interessante è anche la vicenda del processo intentato contro Luigi XVI, il quale fu piegato – malgrado l'iniziale opposizione di Robespierre che tentava di mantenere una coerenza nell'identificare il rito penale con le forme che ne sancissero la lontananza da un atto meramente politico – alle logiche della rivoluzione, svuotato così di ogni significato di garanzia, si v. M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, pp. 4 ss.

³⁶ «Quello che conta è il raggiungimento di una decisione che tragga la sua forza persuasiva dal rispetto di certi canoni, che assicurano la bontà del risultato. Non basta una decisione qualsiasi, ma occorre chiedersi “come” la decisione è stata ottenuta», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 79.

³⁷ «La necessaria strumentalità del processo corrisponde al modello teorico di derivazione illuministico-liberale, che ancor oggi si considera posto alla base degli ordinamenti moderni», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 77.

³⁸ «Questa necessità di castigo senza supplizio viene formulata dappprincipio come un grido del cuore o della natura indignata: nel peggiore degli assassini, una cosa almeno deve essere rispettata quando si punisce: la sua “umanità”», M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 80-81.

³⁹ V'è chi individua «l'origine di questo modo di concepire i rapporti tra potestà punitiva e giurisdizione» negli artt. 7, 8 e 9 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ravvisando tra i fondamenti del significato garantistico della riserva di giurisdizione non solo la teoria della separazione dei poteri, ma soprattutto l'«affermazione del primato della legge, miticamente intesa come volontà generale», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 77.

⁴⁰ Per una lettura della separazione dei poteri rispetto alla nascita del garantismo penale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 554: «il fondamento della divisione dei poteri e dell'indipendenza della funzione giudiziaria dai poteri legittimati maggioritariamente riposa [...] sull'intrinseca illegittimità di funzioni giurisdizionali informate al principio d'autorità, quale che sia l'autorità che le esercita, anziché al principio di verità. Esso riposa altresì sulla necessità di garantire proprio chi è supposto deviante dall'oppressione della maggioranza non deviante, sicché un giudice possa assolverlo anche contro la volontà di tutti. Per ragioni diverse ma convergenti la verità del giudizio e la libertà dell'incolpevole, che formano le due fonti di legittimità della giurisdizione penale, esigono organi terzi e indipendenti da qualunque interesse o potere».

vocazione di delegittimazione e contenimento della pretesa punitiva dello Stato⁴¹ a favore di una effettiva tutela della libertà del singolo⁴².

Nascono le garanzie che oggi fondano e legittimano ogni sistema penale moderno⁴³, andando a informare entrambi i versanti che lo compongono, quello sostanziale e quello processuale. Rispetto al primo viene individuato quale perno della tutela della libertà personale⁴⁴ il *convenzionalismo penale*, ovvero il principio di (stretta) legalità sostanziale corroborato dei suoi corollari⁴⁵. Sul versante processuale, le garanzie si sono man mano sviluppate a formare un rigido *cognitivismo processuale*, i cui meccanismi concreti fondano un sistema di ‘giurisdizionalità in senso stretto’⁴⁶.

⁴¹ «È innegabile che la tradizione garantista propria della scienza penalistica moderna si sia anche, se non soprattutto, fondata in una prospettiva riduzionista, nel senso preciso di volontà di contenere la violenza delle pene. Amo rubricare questa seconda metà della storia come quella segnata dal disincanto [...]. Lo scopo del diritto penale è pertanto minimizzare la violenza delle reazioni al delitto», M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 18.; L’opera celeberrima di Cesare Beccaria svolse in tale contesto una funzione di ‘apripista’. Non è un caso se ancora oggi essa viene letta e studiata quale perno di una disciplina che vuole porsi come strumento di limitazione del potere dell’ autorità sul singolo. Si veda ancora, fra tanti, S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziale*, cit., pp. 313 ss.

⁴² «In quest’epoca dei Lumi non è come tema di un sapere positivo che l’uomo viene opposto alla barbarie dei supplizi, ma come limite al diritto: frontiera legittima del potere di punire. Non ciò che il potere deve colpire se vuole modificare l’uomo, ma ciò che deve lasciare intatto per essere in grado di rispettarlo», M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 80 s.

⁴³ «Il modello penale garantista è stato infatti recepito, sia pure in maniera sommaria e lacunosa, dal nostro ordinamento costituzionale come dagli altri sistemi giuridici evoluti», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. XVII.

⁴⁴ «Il “diritto di libertà”, infine: un modo enfatico per dire che le norme costituzionali e legislative limitano l’azione degli organi dello Stato e, in particolare, vietano l’ingerenza nella sfera altrui (ridurre qualcuno *in vinculis* è la massima di tutte le ingerenze) fuori dei casi previsti tassativamente dalle leggi penali», F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 12.

⁴⁵ «Il principio di legalità si articola in tre sotto-principi: la riserva di legge, l’irretroattività, la determinatezza e quindi l’obbligo di tassatività». Esso «viene ad assumere il ruolo fondamentale di argine all’esistenza di una pluralità di fonti del diritto penale: di conseguenza, viene posto a presidio della conoscibilità e della certezza del diritto», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., p. 18. Tra le prime teorizzazioni di tale principio, Beccaria rimarcava come «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1978, § III.

⁴⁶ Di nuovo la terminologia di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 6. Il sistema complessivo di garanzie da lui delineato crea uno «schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l’arbitrio». Al modello garantista così tratteggiato, l’Autore oppone il modello ad esso speculare e contrario: «Se il modello garantista di legalità penale e processuale [...] descritto risale a non più di due secoli fa, le sue lesioni e le sue smentite [...] si collegano a una tradizione autoritaria assai più antica e mai veramente interrotta. [...] questa epistemologia [...] antigarantista può essere a sua volta caratterizzata sulla base di due aspetti o elementi, simmetricamente contrari ai due requisiti più sopra illustrati dell’epistemologia garantista», requisiti che egli individua nel *sostanzialismo penale/cognitivismo etico*, sul piano sostanziale, e nel *decisionismo processuale/soggettivismo inquisitorio* su quello processuale. Il tema della giurisdizionalità in senso stretto e dei suoi contenuti specifici è affrontato compiutamente alle pp. 547 ss.

Ad essere ora necessario non è più *un processo* purchè sia, non si tratta più della necessità meramente *materiale* di un meccanismo di identificazione dell'autore di reato, ma si prospetta la necessità di *un giusto processo*, necessario in quanto improntato a meccanismi di garanzia, dunque *formale*, minuziosamente regolato nelle forme del suo procedere⁴⁷. Non conta più solo la tensione all'accertamento di un fatto e del suo autore, ma divengono centrali le modalità in cui l'accertamento stesso si svolge, tanto che si può affermare senza esitazione che le garanzie del giusto processo, tutte, «rappresentano un insieme solidale rispetto alla funzione cognitiva del processo»⁴⁸, da essa non più separabile⁴⁹.

Dal processo, *necessario per esercitare* il potere di punire, si passa al giusto processo, *necessario per circoscrivere* il potere di punire⁵⁰.

Esso risulta così quale strumento che fa della presunzione d'innocenza il perno della giurisdizionalità in senso stretto⁵¹. Il giusto processo assume la veste di luogo idoneo alla «verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo»⁵², luogo di accertamento, sì, che può però produrre risultati opposti, entrambi valutati e considerati dall'ordinamento in maniera equivalente⁵³. Esso non è più

⁴⁷ Sul fatto che le forme non costituiscano formalismi, cfr. P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., pp. 40 s., il quale ammonisce dai rischi di una sottovalutazione della necessità della forma, se scambiata per formalismo: «Le forme sono tali perché inderogabilmente predeterminate dalla legge [...]. Nessuno auspicherebbe un processo fondato sul *bon plaisir* del giudice, alla cui discrezionalità fosse rimessa l'individuazione delle garanzie di volta in volta ritenute idonee; e si sa bene come ogni svolta autoritaria si accompagni per lo più alla lotta contro il formalismo legalitario in nome di confuse ideologie sostanzialiste».

⁴⁸ P. FERRUA, *La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 784.

⁴⁹ Una distinzione analoga a quella tra giurisdizionalità in senso lato e in senso stretto è operata da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., pp. 73 ss., che parla di necessità *obiettiva* e *subiettiva* del processo: «dall'essere appunto una necessità logica che il giudizio obiettivo vi sia, e che sia il risultato di un atto di ragione, trae spontanea la sua origine filosofica il giudizio *subiettivo*: ossia un ordine subiettivo di forme che conduca in modo razionale al scoprimento del vero». Il legame che intercorre tra i due ordini di necessità del processo è chiarito più avanti, allorché si spiega che «questa necessità di ottenere un giudizio ideologico sulla reità e sulla punizione [...] conduce alla ulteriore necessità che il legislatore prescriva un rito impreteribile agli uomini destinati a giudicare, e che a cotesto rito scrupolosamente si uniformino i giudicanti», p. 74.

⁵⁰ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, cit., p. 35: «il rito procedurale non solo serve agli onesti in quanto aiuta loro alla scoperta dei delinquenti, ma li aiuta in quanto li preserva dal cadere vittima di errori giudiziari e di più aiuta doverosamente anco gli stessi colpevoli, in quanto impedisce che si irrogli loro un gastigo, il quale, soverchiando la debita misura, sarebbe un fatto anti-giuridico».

⁵¹ «Se non si partisse dalla presunzione d'innocenza, del processo non ci sarebbe alcuna necessità logica», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 84. Anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 559 collega direttamente la giurisdizionalità in senso stretto con il rispetto della presunzione d'innocenza.

⁵² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 8. Corsivo dell'Autore.

⁵³ Già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., pp. 76 s., ammoniva che «scandalo vero sarebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo [...]. Scandalo vero: perché con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che i giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della

necessario e strumentalizzabile per individuare il colpevole del delitto, dimostrando la fondatezza dell'accusa mossa all'imputato, ma, in un contesto che ha rinunciato ad utilizzare la potestà punitiva come strumento di potere, predispone un meccanismo che faccia emergere, con il minimo sacrificio possibile per la sfera di libertà personale dell'accusato⁵⁴, la sua penale responsabilità o la sua innocenza senza obiettivi ulteriori, a costo di lasciare insoddisfatta l'opinione pubblica o un crimine senza autore⁵⁵. In altre parole, l'assoluzione dell'imputato non costituisce più un "fallimento" del sistema giustizia, ma una conclusione fisiologica e legittima al pari della condanna, perché gli esiti del processo sono tutti «conformi alla sua funzione, e con pari dignità di principio»⁵⁶. Tutto questo richiede un sistema imperniato su prove empiriche, costruito «in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la confutazione»⁵⁷, valutate da un giudice terzo ed esterno ad ogni dinamica di indagine. Il percorso richiesto al giudice per addivenire al verdetto non può poi essere né «meramente teorico o astratto» né riconducibile a «meri sentimenti emozionali», dovendo al contrario costituire una «risposta a singoli "casi" concreti» sulla base delle regole di diritto, a loro volta rette dai

condanna non l'esser convinto colpevole, ma l'esser accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condannatorie». E così oggi si può affermare pacificamente che, rispetto alle sentenze di condanna, «le formule liberatorie sono strutturate secondo criteri di eguale dignità, espressione, anch'esse, dei possibili esiti del procedimento penale», A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale*, cit., p. 21.

⁵⁴ Qui viene in discorso la duplice modalità di espressione della presunzione d'innocenza, che può intendersi in qualità di regola di giudizio e di regola di trattamento (cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 85). La seconda, in particolare, fa sì che la violenza esercitata nel processo debba essere ridotta al minimo, fondando quell'«insieme delle componenti essenziali alla limitazione di diritti», che, in nome della libertà personale garantita dall'art. 13 della Costituzione, impone per ogni atto restrittivo la triade garantistica di presupposti, motivazione e controllo, così D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 196. Ogni meccanismo processuale di garanzia è infatti orientato a costruire, anche all'interno del procedere, una «piattaforma, metodologicamente corretta e sensibile ai principi e valori di fondo, per una sistemazione della materia, quale difficilmente si può trovare in altro modo», M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 3.

⁵⁵ Seppure il rischio di eterni ritorni del processo come strumento di prevenzione e repressione non può dirsi mai del tutto sopito, soprattutto in presenza di situazioni emergenziali che richiedono l'individuazione in tempi brevi di un responsabile per rassicurare la collettività. Sul punto si rimanda di nuovo a D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., in particolare pp. 194 ss.

⁵⁶ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 953.

⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 8. È interessante notare come l'Autore pone il tema del rapporto tra diritto penale sostanziale e processuale, in chiave garantista, in qualche modo rispondendo alle questioni poste all'inizio del presente paragrafo in tema di rapporto tra diritto sostanziale e processuale. Egli denota come «le garanzie penali [...] in tanto sono effettive in quanto questi siano oggetto di un giudizio di cui siano assicurate al massimo grado l'imparzialità, la veridicità e il controllo. È per questo che le garanzie processuali [...] sono anche dette "strumentali" rispetto alle garanzie e alle norme penali. [...] La correlazione funzionale è peraltro biunivoca, dato che le garanzie penali possono a loro volta essere riguardate come necessarie a garantire giudizi non arbitrari [...]. In breve, sia le garanzie penali che quelle processuali valgono non solo di per sé, ma anche come garanzie di effettività le une delle altre», p. 546.

dettami costituzionali, che la collettività riconosce quali norme di comportamento condivise⁵⁸.

Il processo penale nelle forme del *fair trial* è dunque oggi non materialmente, ma giuridicamente necessario. Si tratta di una necessità prescrittiva, non descrittiva, che pone un dover essere del processo, non lo descrive nella sua essenza⁵⁹. E tuttavia è rispetto al quel dover essere che si deve affrontare anche il discorso sulle alternative al processo stesso.

Per procedere nella direzione intrapresa, chiarire cioè in quali casi e a quali fini il processo penale non è rinunciabile e dunque la diversione rimane una scelta impraticabile, occorre chiarire i termini finali del rapporto di necessità in cui il processo è coinvolto.

Per una ricerca sulle condizioni di legittimità delle alternative al processo occorre capire cosa impedirebbe la costruzione di un'ipotesi di *diversion*, in quanto incidente su un rapporto di necessità posto, come si è visto, a garanzia e tutela del singolo.

È dunque dai principi garantistici che direttamente chiamano in causa il processo penale che occorre partire per individuare con chiarezza gli estremi del rapporto di necessità. A guidare la trattazione possono essere le regole del garantismo penale enunciate nell'opera di Ferrajoli, ossia "*nulla poena sine iudicio*" e "*nulla culpa sine iudicio*"⁶⁰.

La scelta di questi due brocardi, fra i tanti possibili⁶¹, non è casuale. *Poena* e *culpa* costituiscono rispettivamente il primo e l'ultimo termine degli assiomi del garantismo penale di ambito sostanziale⁶². La pena è il termine primissimo, intorno al quale tutto il

⁵⁸ M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 5. Per una sistematizzazione puntuale delle garanzie che assicurano in concreto il rispetto della giurisdizionalità in senso stretto, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 548 ss. Esse sono riassumibili, secondo la tesi T63, con il brocardo latino "*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*", p. 547.

⁵⁹ «Gli assiomi garantisti [...] non esprimono proposizioni assertive, ma proposizioni prescrittive; non descrivono ciò che accade, ma prescrivono ciò che deve accadere; non enunciano le condizioni che un sistema penale effettivamente soddisfa, ma quelle che esso deve soddisfare in aderenza ai suoi principi normativi interni e/o a parametri di giustificazione esterna», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 68.

⁶⁰ Si tratta in particolare del teorema T16 e dell'assioma A7 della ricostruzione compiuta dall'Autore, su cui cfr. in particolare la nota 5.

⁶¹ Secondo la costruzione di Ferrajoli sarebbe infatti possibile mettere in relazione tutti i termini degli assiomi di garanzia di natura sostanziale con il giudizio: si potrebbe ad esempio anche dire *nullum crimen sine iudicio* (teorema T24) o *nulla lege sine iudicio* (teorema T31), cfr. nota 5, p. 88.

⁶² Gli assiomi prevedono:

A1 *Nulla poena sine crimine*

A2 *Nullum crimine sine lege*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

A4 *Nulla necessitas sine iniuria*

A5 *Nulla iniuria sine actione*

A6 *Nulla actio sine culpa*

A7 *Nulla culpa sine iudicio*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione*

A9 *Nulla accusatio sine probatione*

sistema delle garanzie è stato costruito. L'accertamento di colpevolezza è il punto di incontro tra ambito sostanziale (la colpevolezza) e ambito processuale (l'accertamento), e difatti costituisce il necessario momento intermedio tra giudizio e pena: *nulla poena sine culpa, nulla culpa sine iudicio*.

E difatti la stessa presunzione d'innocenza pretende che in assenza di «una condanna pronunciata nei modi di legge [...] il cittadino non può in nessun caso essere considerato colpevole, né può essere sottoposto a sanzione»⁶³.

In definitiva: «ciascuna delle implicazioni deontiche – o principi – [...] enuncia pertanto una condizione *sine qua non*, ovvero una *garanzia giuridica* per l'affermazione della responsabilità penale e per l'applicazione della pena [...] una condizione necessaria in assenza della quale non è consentito ovvero è proibito punire»⁶⁴.

Responsabilità penale e applicazione della pena, *culpa e poena*: questi i termini finali del rapporto di necessità del processo penale che vengono in questo modo ricavati. Di entrambi questi profili specifici ci si occuperà nei paragrafi che seguono.

2. *Nulla poena...*

«Il procedimento penale esiste perché è la norma penale che lo esige. Si svolge, però, secondo le regole del diritto processuale penale»⁶⁵. L'inciso sembra intendere il rapporto di necessità di cui si è detto nel precedente paragrafo individuandone gli estremi nel procedimento da un lato, e nella *norma penale* dall'altra. In quest'ottica sarebbero le regole penali nel loro insieme ad esigere, quindi a rendere necessario, il processo penale. E infatti vi è chi, accogliendo la tesi per cui la norma sostanziale sarebbe scomponibile in un momento precettivo, da cui si evince il bene giuridico tutelato, e in un momento sanzionatorio, che per incentivarne l'osservazione minaccia una conseguenza negativa

A10 *Nulla probatio sine defensione*

I primi sei assiomi esprimono le garanzie sostanziali. I successivi quattro, quelle processuali. L'assioma A7 esprime il principio di giurisdizionalità, che, correlato con i successivi, viene inteso in senso stretto. Esso collega immediatamente il giudizio alla colpa, e mediamente, in ultimo, il giudizio alla pena. E difatti, lo stesso Autore rileva come «il giudizio penale non abbia carattere “costitutivo”, bensì “ricognitivo” delle norme e “cognitivo” dei fatti da queste regolati. Il presupposto della pena, come vuole la prima di tali condizioni, dev'essere conseguentemente la commissione di un fatto univocamente descritto e denotato come reato non solo dalla legge, ma anche dalle ipotesi d'accusa, onde sia provabile o smentibile giudizialmente secondo la formula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*», p. 9.

⁶³ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 77 s.

⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 68 ss., che più avanti precisa: «se la giurisdizione è l'attività necessaria per raggiungere la prova che un soggetto ha commesso un reato, fino a che tale prova non sia stata raggiunta mediante un regolare giudizio, nessun reato può essere considerato commesso e nessun soggetto può essere *ritenuto colpevole né sottoposto a pena*», p. 559, corsivi nostri.

⁶⁵ A.A. DALIA, M. FERRAJOLI, *Manuale*, cit., p. 19.

qualora il precetto venisse calpestato⁶⁶, sembra fondare l'esistenza del processo proprio nel fatto che vi sono «precetti e [...] sanzioni che esigono un'attuazione»⁶⁷.

Eppure affermare che il processo penale sia necessario per attuare la legge penale, intesa come insieme di precetto e sanzione, rischia di essere poco significativo. Dire infatti che il processo è strumento imprescindibile per l'attuazione del precetto è una finzione. Nel momento in cui la macchina della giustizia si mette in moto, il precetto si assume essere già stato violato, e non sarà il rito penale a poterne assicurare un'osservanza tardiva o, ancor meno, retroattiva.

È piuttosto la pena a poter essere in concreto *attuata* per il tramite del processo.

Alla stessa conclusione si deve pervenire quando ci si riferisce alla «certezza della legge» che sarebbe garantita proprio dalla «certezza dell'accertamento»⁶⁸. Il precetto, verrebbe da dire, è per definizione “certo”, in quanto sancito dalla legge. Ha semmai bisogno di essere riaffermato nella sua coerenza. Non può essere tuttavia certo il processo penale a svolgere tale compito, salvo cadere di nuovo in una concezione del giudizio quale strumento di difesa sociale⁶⁹. È la pena lo strumento cui è deputato il compito di *sancire*, trattasi infatti di una sanzione, la validità della norma anche successivamente alla sua violazione.

Sembrerebbe allora che “certezza della legge” significhi in realtà “certezza della pena”, così come “attuazione della legge” significhi in realtà “attuazione della sanzione”⁷⁰. Il *medium* che, materialmente e soprattutto giuridicamente, rende possibile tutto ciò è il giusto processo penale, processo che solo in questo senso la norma sostanziale esige⁷¹.

⁶⁶ «Gli alchimisti dei concetti hanno diviso a metà la norma incriminatrice, denominando i due frammenti “precetto” e “sanzione”, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 10.

⁶⁷ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 952. Cfr. anche T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 529 ss.

⁶⁸ «Certezza della legge e certezza dell'accertamento sono tutt'uno», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 954, corsivo dell'autore.

⁶⁹ Ricorda infatti D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., pp. 193 s., che «l'insistita compenetrazione dei singoli istituti processuali con gli scopi della legge punitiva [...] spinge ad un risultato quasi immancabile: il ritorno presto o tardi sulla scena di metodi investigativi assimilabili alla tortura» a causa del falso mito di dover «perseguire nella singola vicenda giudiziaria il fine superiore di tutela della collettività dal delitto».

⁷⁰ E difatti tale conclusione viene ammessa poco dopo: «insomma: [trattasi] di “applicazione della legge punitiva”», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., pp. 954. Diversa la prospettiva di chi vede nei procedimenti giudiziari il momento di istituzionalizzazione del conflitto che prelude al riconoscimento della posizione dell'altro, cfr. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1975), trad. it., Giuffrè, Milano, 1995, p. 95 ss.

⁷¹ «Necessario è il giudizio affinché verificatasi la previsione del delitto, divenga reale la irrogazione del castigo», così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., p. 74.

È la pena dunque, non la norma penale, la causa primaria di necessità del processo penale⁷².

La conclusione trova conforto nella lapidaria apertura della trattazione sul processo di Cordero: «il processo penale serve a verificare se una persona debba essere punita. Non sono ammessi l'assoggettamento spontaneo alla pena né una punizione inflitta *ex abrupto*: si suole esprimere l'idea con il brocardo “*nulla poena sine iudicio*”»⁷³. Si identifica così immediatamente il motivo d'esistere del processo penale nella *possibilità* che una pena debba essere inflitta, eventualità questa che fonda la *necessità* del rito⁷⁴. Non dunque, è bene non stancarsi di ribadirlo, un processo finalizzato alla pena, ma al contrario una pena che non può essere senza processo⁷⁵.

Questo è vero per ragioni di garanzia. Che sia infatti possibile o meno una «*animadversio*», ovvero una «pena inflitta senza processo», dipende da quale sia l'ideologia predominante in un determinato ordinamento, e in particolare dalla posizione che occupa l'autorità nella scala di valori adottata⁷⁶.

Chiedersi la ragione per cui non può esservi pena senza che sia stato celebrato un giusto processo, corredato di tutte le garanzie che si sono andate costruendo nel tempo – motivo per cui si è giunti a enunciare il principio per cui *nulla poena sine iudicio* e man mano a farne derivare gli assiomi e i teoremi ad esso conseguenti – costringe a guardare direttamente al dato che maggiormente mina la legittimità del diritto penale. Trattasi del fatto che lo strumento principe di cui tale branca del diritto si serve, quello che gli fornisce

⁷² Equivale a dire che della «legge punitiva [...] il rito penale unitariamente considerato è *necessario* strumento di attuazione», D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 194, corsivo nostro.

⁷³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 8. Seppure si è visto come l'enunciazione in forma moderna del principio di stretta giurisdizionalità sia da attribuirsi all'epoca illuministica, una primissima enunciazione legale di tale canone è già presente nel 1215, al § 39 della *Magna Charta Libertatum*: «*nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*», cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 548, tondo nostro.

⁷⁴ Una dottrina risalente cos' traduceva il brocardo latino in lingua corrente: «che niuno sia punito senza processo», F.M. PAGANO, *Considerazioni*, cit., p. 19.

⁷⁵ «Nel nostro ordinamento si potrà avere un reato cui non segue né un processo penale né una pena, un reato cui segue un processo penale ma non una pena, un reato cui segue un processo penale e una pena, ma mai una pena per un reato che non sia stato definito attraverso un processo penale», M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 446.

⁷⁶ Cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1985, p. 371. L'A. riporta come fu questo il metodo utilizzato da Cicerone per mandare a morte i catilinari, così come da Hitler per eliminare l'oppositore Ernst Röhm e i suoi accoliti, per poi dichiarare al *Reichstag* di aver agito quale “*oberster Gerichtsherr*” del popolo tedesco. Perfettamente coerente dunque il commento che dell'episodio fa Carl Schmitt, secondo cui, se ordinata dal Führer, una carneficina è «giurisdizione allo stato puro». Ferrajoli avrebbe risposto che «se [...] “giuris-dizione” designa una procedura di accertamento dei presupposti della pena che si esprime in asserzioni verificabili e falsificabili empiricamente, qualunque attività punitiva espressamente contraria a questo schema è *altra cosa* dalla giurisdizione», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 16. D'altra parte, come notava di nuovo F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 377, «il canone “*nulla poena sine iudicio*” è un prodotto illuministico e gli *ultras* a temperamento fobico, come Charles Maurras o Carl Schmitt, detestano l'illuminismo».

il nome e dunque ne segna l'identità, costituisce una violenza dell'ordinamento sul singolo⁷⁷.

Fare giustizia significa, da sempre e ancora oggi, applicare una pena⁷⁸. Con rarissime eccezioni⁷⁹, spicca una necessità quasi 'metafisica'⁸⁰ della pena, che domina i sistemi giuridici di ogni epoca e tradizione⁸¹. Una necessità la cui origine è arduo individuare, si situa nei fondali insondabili dell'animo umano, ha a che fare con il desiderio, istintivo, di vendetta, con il bruciore che comporta l'ingiustizia subita, con il grido interiore che nasce in chi fa esperienza del male sulla propria pelle⁸² e pretende il riconoscimento della propria libertà e dignità nel modo più immediato e 'primitivo', infliggendo la stessa sofferenza a chi l'ha causata, quasi che così facendo il perpetratore possa capirne l'ingiustizia. Quale che sia il nucleo originario dell'istinto di reagire violentemente alla violenza subita⁸³, è impossibile negare che, a fronte di un episodio di criminalità, la prima, immediata reazione della vittima e della collettività tutta coincida con la domanda di punizione.

E la punizione costituisce in sé una risposta alla violenza anch'essa violenta. La pena, cioè ciò che costituisce «il contenuto "originale" del diritto penale, [...] che lo individua e lo distingue dalle altre discipline giuridiche» non è altro che «l'istanza di far del male,

⁷⁷ È significativo il fatto che il principio di cui si parla, *nulla poena sine iudicio*, non abbia trovato alcuna specifica codificazione nel nostro ordinamento, né a livello costituzionale né a livello di legislazione semplice. Sul punto cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 5, secondo il quale esso è ricavabile nel nostro ordinamento «dall'implicito combinarsi di una serie di previsioni – tra cui quelle sull'obbligatorietà dell'azione penale [...] e sull'inviolabilità del diritto di difesa [...], anziché dalla testuale formulazione di un principio *ad hoc*». Sembrerebbe che non si voglia sottolineare, con l'enucleazione di un apposito principio, il fatto che «il diritto penale, per quanto circondato da limiti e garanzie, conserva sempre un'intrinseca brutalità che ne rende problematica e incerta la legittimità morale e politica», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. XV. A venire in soccorso è l'art. 27, comma 2 Cost., su cui, *infra*.

⁷⁸ «Giustizia uguale pena (e pena uguale male)» è la laconica constatazione di C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 261.

⁷⁹ L'esempio più clamoroso e noto è dato dall'esperienza sud africana di reazione al regime dell'*apartheid*, sul quale cfr. D.M. TUTU, *Non c'è giustizia senza perdono*, Feltrinelli, Milano, 2001.

⁸⁰ In questi termini, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 17.

⁸¹ «La reazione sociale al peccato e al tabù – poi al delitto – è sempre stata di natura reattiva e intenzionalmente afflittiva: quindi, in sostanza, negativa», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., p. 27.

⁸² Per una ricchissima riflessione sulla giustizia a partire dall'esperienza dell'ingiustizia, cfr. C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, Einaudi, Torino, 2003.

⁸³ E che non sta ai giuristi individuare, ma piuttosto agli studiosi delle scienze umane, e in particolare della psicologia e della criminologia. Non si può che rimandare ai lavori, tra i tanti che affrontano la tematica e quelle ad essa adiacenti, di A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009, e di G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina Raffaello Editore, Milano, 2000. Basti in questa sede il riferimento alla natura «sacrificale della pena patibolare», che rimanda alla figura del capro espiatorio e all'idea dell'espiazione e del sacrificio. Cfr., per una rapida ma efficace disamina sul tema, M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., pp. 27 ss.

di produrre intenzionalmente sofferenza attraverso la privazione e/o la riduzione di diritti e aspettative da parte di un' autorità sovra-ordinata»⁸⁴.

La pena costituisce cioè «una seconda violenza che si aggiunge al delitto»⁸⁵. È la presa di coscienza di tale dato fattuale – per una volta è la realtà che si impone al diritto – a fondare la necessaria giurisdizionalità dell'esercizio del potere punitivo⁸⁶. La consapevolezza che la reazione statale al delitto implica l'inflizione di un male al libero cittadino ha fatto sì che scopo della scienza penalistica e processualpenalistica divenisse la costruzione di un sistema capace di limitare quanto più possibile, allo stretto necessario, l'utilizzo dello strumento penale. Una vera e propria 'ossessione' quella che muove i giuristi di tali branche del diritto⁸⁷, i quali sarebbero 'sciocchi' e 'ingenui' nel voler fare di un «male assurdamente inflitto» addirittura una scienza⁸⁸. Nel tempo dunque, parallelamente alla progressiva presa di coscienza dell'inviolabilità delle libertà personali, sono stati via via predisposti meccanismi idonei a tutelare sempre meglio il privato cittadino di fronte alla potestà coercitiva dei pubblici poteri. Un ordinamento

⁸⁴ Così, senza mezzi termini, M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., p. 11.

⁸⁵ Più estesamente, «la pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è infatti una seconda violenza che si aggiunge al delitto e che è programmata e messa in atto da una collettività organizzata contro un individuo singolo», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. XV. Negli stessi termini, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 17: quale che sia la fonte di legittimazione man mano individuata nella storia del diritto penale, «la libertà del volere, l'addomesticamento della virtù, il diritto di escludere il nemico – sono solo forme di una medesima retorica che è quella della prevaricazione che fonda alla radice il “fatto di punire”. Appunto, prevaricazione sempre e comunque, anche quando il diritto di infliggere la sofferenza da parte del Principe ai consociati conosca una legittimazione pattizia». Le radici delle diverse giustificazioni del male della pena sono lontane nel tempo. Nell'antichità è possibile individuarne almeno due diverse, la necessità di ristabilire un ordine violato («quando uno infligge e l'altro riceve percosse, o anche quando uno uccide e l'altro resta ucciso, l'azione subita e l'azione compiuta restano divise in parti disuguali: ma il giudice cerca di ristabilire l'uguaglianza con la perdita inflitta come pena, cioè col togliere qualcosa al guadagno ingiusto», ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 4, 1132 a 5), e la sanzione quale 'farmaco' dell'agire umano («e se ha commesso ingiustizia, egli stesso o qualcun altro di quelli che gli stanno a cuore, deve precipitarsi difilato di propria volontà là dove potrà scontare la pena il più rapidamente possibile, cioè dal giudice, come si va dal medico, affinché la malattia dell'ingiustizia non diventi cronica e non renda l'anima guasta internamente e insanabile», PLATONE, *Gorgia*, 480 a). Entrambe le citazioni sono così riportate da M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., p. 12.

⁸⁶ Pur senza sottovalutare la valenza del processo non come limitazione esterna della violenza statale, ma come gestione 'rituale' della violenza insita in ogni società e mai del tutto eliminabile. In questo senso, F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 314 s., il quale, preso atto che risulta «impossibile una vita sociale senza repressione» e che comunque «gli impulsi aggressivi, alimentati dal fondo organico, costituiscono un dato naturale modificabile solo in limiti esigui», vede nel processo una sorta di «gioco come terapia omeopatica: quei desideri violenti, sfogati ritualmente, consolidano il tessuto comunitario; la violenza rituale diventa un fatto agonistico [...]. Disciplinato da un rituale, il gesto perde qualcosa della carica violenta: come minimo le regole lo circoscrivono, stabilendo dove, come, quando sia legittimamente eseguibile».

⁸⁷ «Il diritto penale che nasce influenzato dai principi illuministici è un diritto penale “ossessionato” dall'idea di porre dei limiti alla violenza punitiva», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., 20.

⁸⁸ Così M. DONINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 25, che prosegue: «L'unica dogmatica e l'unica scienza è quella che serve allo svelamento delle bugie del sistema, mai a una sua “costruzione”».

democratico che fa dei principi liberali la propria legittimazione ad essere, è necessariamente chiamato a limitare l'esercizio della violenza sui singoli⁸⁹. L'esercizio del potere punitivo, poiché violento, chiede di essere dunque strettamente controllato, tanto con la posizione dei presupposti che lo giustificano, quanto con un'attenta verifica della concreta sussistenza di quei presupposti. Ecco la radice della necessità del processo penale⁹⁰. In esso viene individuato quel controllo del potere punitivo che difenda, garantisca appunto, i consociati da un illegittimo uso della violenza pubblica⁹¹.

Innanzitutto a favore dell'innocente ingiustamente accusato. È *in primis* per lui, per proteggerlo «dalla giustizia stessa»⁹², che vengono messi in campo gli strumenti propri del giusto processo. In un primo momento la necessità di tutela dell'innocente dall'eventuale punizione veniva argomentata sulle ragioni di una 'legge di natura', che avrebbe impedito di riservare il trattamento punitivo a coloro cui non fosse 'naturalmente' destinato⁹³. In seguito, l'opzione di tutela dell'immunità degli innocenti, anche a costo dell'impunità di alcuni colpevoli⁹⁴, si è fondata sul piano, più razionale e tipicamente efficientistico, del bilanciamento tra il *male certo* della pena subita da un innocente, in contrapposizione al mero *pericolo* di delitti futuri che sarebbero potuti derivare dall'assoluzione del colpevole⁹⁵. Oggi, innocenti o colpevoli che si sia, in capo a ciascuno è riconosciuto un 'diritto di libertà' che rende illecita, in assenza dei presupposti legalmente prestabiliti, qualsiasi forma di coercizione⁹⁶. La tutela approntata dal procedimento penale non è dunque solo a favore dell'innocente, ma anche per il

⁸⁹ «La funzione specifica delle garanzie nel diritto penale, [...] è infatti non tanto di consentire o legittimare, quanto piuttosto di condizionare o vincolare, e quindi di delegittimare, l'esercizio altrimenti assoluto della potestà punitiva», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 68.

⁹⁰ «Intuito dell'autorità civile è di frenare la violenza degli individui: intuito del giure penale è di frenare la violenza del legislatore: intuito degli ordinamenti procedurali è di frenare la violenza dei magistrati», F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., p. 75.

⁹¹ Cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 265, per cui le garanzie stanno in primo luogo a «evitare che qualcuno che non se lo merita subisca la violenza della giustizia che punisce».

⁹² Ancora, C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 265. Più estesamente vi si afferma «È l'innocente ingiustamente accusato, [...] il soggetto che muove a protezione il sistema giuridico [...]. La giustizia penale è strutturata attorno alla punizione in chiave, ancora e sempre, retributiva. [...] Un sistema siffatto esige la messa in campo di garanzie a favore degli accusati con lo scopo – necessario – di proteggere gli innocenti dalla giustizia stessa».

⁹³ «Tutte le punizioni di sudditi innocenti, siano esse grandi o piccole, sono contrarie alla legge di natura, perché la punizione è data solo per la trasgressione della legge, e perciò non può esistere pena per un innocente», T. HOBBS, *Leviatano*, vol. I, trad. it. di Mario Vinciguerra, Laterza, Bari, 1911, XXVIII, p. 260.

⁹⁴ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 559. Si veda sul punto la bibliografia *ivi* citata, che ripercorre efficacemente l'evoluzione del pensiero giuridico in ordine al bilanciamento costi-benefici che comporta fondare un sistema processuale sulla presunzione di innocenza in termini di impunità dei colpevoli.

⁹⁵ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., pp. 76 s.

⁹⁶ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 12: «Che qualcuno vanti un "diritto di libertà" significa che, mancando certi presupposti, sarebbe illecita la coercizione usata nei suoi confronti».

colpevole, rispetto all'inflizione di un male maggiore di quello legalmente comminabile per il reato commesso⁹⁷.

La dimensione che meglio esprime l'essenza del processo penale come necessità è il diritto di difesa, non a caso irrinunciabile. Già il nome risulta esplicativo: ci si potrebbe infatti chiedere da che cosa l'ordinamento permetta, addirittura costringa, l'imputato a difendersi. La risposta sembra coincidere con la giustizia stessa, che risulta così essere «una strana virtù civica [...], da cui è costituzionalmente giusto difendersi, davanti alla quale è costituzionalmente legittimo nascondersi»⁹⁸. In realtà, difendersi dalla giustizia significa specificamente difendersi dal volto violento che essa può assumere nella pena. Tanto la difesa *nel* processo, quanto la difesa *dal* processo, sono finalizzate all'«intrinseco, consustanziale obiettivo che è il proscioglimento del reo, o l'ottenimento del miglior trattamento punitivo nelle circostanze date»⁹⁹. È comprensibile che si tenti di sfuggire alla giustizia¹⁰⁰, dal momento che questa si mostra con il volto della sofferenza inflitta, tanto che simile fuga è costituzionalmente garantita. In altre parole, «se non ci fosse il male della pena, se giustizia non fosse il perpetuare la “catena del male”, forse non ci sarebbe così tanta necessità di difendersi e nascondersi»¹⁰¹.

⁹⁷ «È l'imputato il soggetto a cui, *in primis*, si rivolge – si *deve* rivolgere – l'attenzione protettiva assicurata dai principi del “giusto processo”: è lui che rischia, perché contro di lui si dirige la violenza del diritto penale di cui lo Stato (non la persona offesa) ha il monopolio». Ad essere tutelati sono così in generale «i potenziali destinatari della pena, cioè le possibili *vittime della giustizia medesima*», C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 265.

⁹⁸ Cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 280. Sue sono le pungenti provocazioni che costringono il lettore a interrogarsi, «senza troppa filosofia, sul perché ci sia il diritto costituzionale di difendersi dalla giustizia».

⁹⁹ T. PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3605, secondo cui difesa nel processo e difesa dal processo debbono considerarsi di paritaria dignità in quanto «il diritto di difesa è, per definizione, un diritto che nelle sue varie articolazioni non patisce l'apposizione limitativa di scopi “eteronomi”» e «l'idea che la difesa dal processo costituisca alcunché di censurabile o di giuridicamente “sospetto” non è solo peregrina, è anche pericolosa, perché rappresenta l'anticamera della negazione stessa del diritto di difesa». Riflessioni analoghe erano già state svolte da M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 648 ss. Per una disamina della questione alla luce del significato attribuito alla partecipazione dell'imputato al processo e alle sue trasformazioni in corrispondenza dei mutati paradigmi processuali succedutisi nel tempo, cfr. D. NEGRI, *L'imputato presente al processo – Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*, e particolarmente pp. 94 ss.

¹⁰⁰ Cfr. D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 203: «chi, preso di mira dall'iniziativa penale, tende comprensibilmente a sottrarsi».

¹⁰¹ C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 280, che continua: «il diritto al silenzio e il diritto al mendacio [...] sono diritti fondamentali, in un sistema punitivo: *nemo tenetur se detegere*. Davanti a una giustizia con la benda sugli occhi, la bilancia e la spada, che può infliggere anni e anni di sofferenza, nessuno può essere tenuto ad autoaccusarsi. Non è umanamente esigibile. Si tratta di principi e diritti che possono apparire urticanti agli occhi delle vittime ed essere indigesti per i cittadini, ma sono garanzie essenziali in tutti i casi in cui [...] “quello che dici potrà essere usato *contro* di te”. *Contro* di te».

È in definitiva la pena, in quanto risposta al reato di natura afflittiva, a rendere necessario il giusto processo. Esso, quale insieme di garanzie, è il solo meccanismo in grado di legittimare una violenza altrimenti illegale¹⁰².

3. ... e nulla culpa sine iudicio.

L'altro assioma di garanzia fondamentale atto ad esprimere un rapporto di necessità per il processo penale è quello di cui al brocardo latino *nulla culpa sine iudicio*.

Anche la *culpa*, cioè la dichiarazione di colpevolezza¹⁰³, come e prima ancora della *poena*, chiede necessariamente uno *iudicium*.

Si tratta della prima e principale garanzia processuale, quella che, trasformando la fattispecie astratta in un'ipotesi concreta a seguito di verifica empirica¹⁰⁴, assicura il nucleo fondamentale della giurisdizionalità¹⁰⁵. Ciò veniva chiaramente espresso già in Beccaria, con l'affermazione per cui «un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti co' quali gli fu accordata»¹⁰⁶.

¹⁰² E difatti «il modello penale garantista [...] rappresenta [...] il fondamento interno o giuridico della legittimità della legislazione penale, che vale a vincolare normativamente alla coerenza con i suoi principi. Esso è dunque, oltre che un modello razionale di giustificazione, anche un modello costituzionale di legalità», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. XVII.

¹⁰³ Dove il termine latino *culpa* sta a indicare la nozione di colpevolezza, equiparabile, nell'accezione descritta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 1990, p. 493, e qui accolta, a quella «tedesca di “*Schuld*” e a quella anglosassone di “*mens rea*”». Essa viene scomposta in tre elementi diversi, che corrispondono ad altrettante condizioni soggettive di responsabilità: la personalità dell'azione «che designa l'ascrivibilità materiale del reato alla persona, ovvero il *rapporto di causalità* che lega tra loro la decisione del reo, l'azione e l'evento del reato», l'imputabilità, ovvero la «condizione psico-fisica del reo consistente nella sua capacità in astratto di intendere e di volere» e l'intenzionalità, o colpevolezza in senso stretto, che corrisponde alla «coscienza e [al]la volontà del concreto reato e che a sua volta può assumere la forma del *dolo* o della *colpa*». Quest'ultimo elemento presuppone la sussistenza dei primi due, dunque ne racchiude l'essenza complessiva. Diverso è il concetto di responsabilità, per il quale potrebbe intendersi «semplicemente la soggezione giuridica alla sanzione a causa di un reato» o, p. 67, «l'insieme delle condizioni normativamente richieste perché una persona sia soggetta a pena». Nel modello garantista tuttavia la responsabilità implica come condizione necessaria la colpevolezza, dunque i due termini verranno qui utilizzati come sinonimi.

¹⁰⁴ Difatti «la fattispecie legale non basta perché legislatore e giudice parlano a livelli d'astrazione alquanto diversi; l'ipotesi “chiunque cagiona la morte d'un uomo” diventa “alle 16.30 del 1 dicembre 1934, a Leningrado, Leonid Nikolaev ha ucciso Sergej Kirov con un colpo di pistola”; sostituiti alle variabili dei dati storicamente definiti, dalla “propositional function” contenuta nell'art. 575 c.p. emerge un enunciato qualificabile vero o falso», F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 584.

¹⁰⁵ «La principale garanzia processuale, che forma il presupposto di tutte le altre, è quella della *giurisdizionalità*, espressa dal nostro assioma A7 *nulla culpa sine iudicio*», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 547.

¹⁰⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI, p. 38. Oggi, con M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 450, si può dire che «nel nostro ordinamento, informato ai principi dello Stato di diritto, non si può essere rei se prima non si è stati imputati. Si rispolvera così un collegamento tra l'art. 27 co. 1 Cost., da un lato, e gli artt. 27 co. 2 e 112 Cost., dall'altro, tra responsabilità e accertamento, tra diritto penale e processo».

Occorre tuttavia indagare la *ratio* di tale rapporto di necessità. Essa si fonda su un duplice ordine di ragioni.

In primissima battuta si tratta di un principio coerente a fronte della conseguenza giuridica che la legge assegna – può assegnare – all'accertamento della penale responsabilità dell'imputato: la comminazione di una pena. La dichiarazione di colpevolezza costituisce cioè il momento intermedio tra la celebrazione del processo e la pena stessa, momento necessario ed «infungibile»¹⁰⁷ perché solo ad essa l'ordinamento consegna il potere di disporre sanzioni: «non è consentito punire se non con una sentenza»¹⁰⁸, ciò che l'ordinamento italiano ha costituzionalizzato con l'art. 27, comma 2, Cost., in cui si stabilisce che «l'imputato non è considerato colpevole», e dunque non può essere nemmeno punito, «sino alla condanna definitiva»¹⁰⁹. Ciò significa che la prima ragione per cui nessuna affermazione di colpevolezza può essere sancita se non a seguito di un giusto processo è che l'accertamento di responsabilità, la *culpa*, costituisce il *medium* necessario per addivenire ad una pena. Valgono dunque tutte le riflessioni compiute al paragrafo precedente, poiché il teorema *nulla poena sine iudicio*, è solo la conseguenza, logica prima ancora che normativa, dell'assioma *nulla culpa sine iudicio*¹¹⁰. In altre parole, il processo è necessario ai fini dell'accertamento di responsabilità per la ragione che a quest'ultimo la legge fa conseguire la possibile comminazione di una pena¹¹¹. È quindi nel collegamento con la possibilità di una sanzione che si fonda, in

¹⁰⁷ Di nuovo, M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 451, nel senso che «non può essere surrogato da altre forme di attività cognitiva e potestativa a opera di soggetti pubblici o privati diversi dal giudice penale, organo terzo, imparziale e precostituito per legge».

¹⁰⁸ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 8 s., che precisa: «nel nostro ordinamento il potere di punire compete a titolo esclusivo al giudice, la cui condanna non tanto dichiara un reato [...] quanto costituisce determinati doveri a carico degli organi dell'esecuzione. Per di più, essa afferma incontrovertibilmente e quindi "accerta" il dovere di punire, sicché vale come una norma speciale, che in efficacia supera persino la legge».

¹⁰⁹ In questo senso «presumere innocente l'imputato vuol dire che l'ipotesi da verificare, mediante il procedimento probatorio, è la colpevolezza [...]. Si tratta solo di applicare un elementare principio di giustizia, per cui il giudice di regola non può dichiarare esistente un fatto – destinato a produrre effetti giuridici – del quale non si sia raggiunta la prova», G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 87.

¹¹⁰ Cfr. ancora la costruzione complessiva del sistema delle garanzie delineato da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 67 ss. D'altra parte era stato già chiarito da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., p. 79, che «se il giudizio penale si guarda nel suo complesso [...] il suo *fine* ultimo coincide col fine della pena: vale a dire, è il ristabilimento dell'ordine turbato dal delitto», ciò che integra il fine «mediato». Invece «se si considera il giudizio nel suo aspetto esteriore [...] bisogna riconoscerli un *fine* più prossimo e immediato: quello cioè di procurare che il giudizio intellettuale riesca conforme al vero», corsivi dell'A.

¹¹¹ Ciò porta M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 5, ad affermare che «l'attenzione deve proprio essere portata soprattutto su quei dati di realtà che sono indispensabili per accertare la responsabilità dell'accusato: a cominciare da quelli da cui deve risultare l'esistenza di un "fatto" in senso più specifico [...] che si ipotizza essere punibile alla stregua di determinate norme di legge», secondo la logica per cui «si deve sapere, e *sapere chi è stato*, per punire», C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., p. 278. Sempre a causa del collegamento necessario tra colpevolezza e pena, si può arrivare a dire che compito del

prima istanza, la necessità della garanzia giurisdizionale ai fini della dichiarazione di colpevolezza.

Tale motivazione non esaurisce tuttavia il discorso sul perché la *culpa* chieda come passaggio imprescindibile lo *iudicium*¹¹². *Quid iuris* infatti nel caso in cui, all'accertamento di responsabilità non segua la comminazione di una pena? Pensiamo, nel contesto italiano, alle cause di non punibilità, o alla sospensione condizionale della pena. Se ci si fermasse alle motivazioni sopra esposte, si potrebbe affermare che in simili casi, conoscendo *ab origine* la ragione del 'non punire'¹¹³, non vi sarebbe necessità di celebrare un processo in quanto non vi sarebbe il 'rischio' per l'imputato di incontrare la coercizione statale. Ragionando in tale ottica, la dichiarazione di colpevolezza si ritroverebbe slegata dalla necessità di un giudizio, in quanto mancherebbe il collegamento con la possibile pena che ne fonda la ragione d'esistere.

Così non è. La garanzia processuale copre anche le ipotesi in cui, pur in presenza di una responsabilità penale, non sia prevista la comminazione di una pena. La sola dichiarazione di responsabilità per un determinato reato, *a prescindere* dall'applicabilità di una pena, necessita delle garanzie di un giusto processo¹¹⁴.

Occorre dunque individuare le ragioni che fondano, ai fini della statuizione sulla responsabilità, la necessità di un giusto processo, al di là della minaccia di una pena.

La risposta chiede di guardare, non agli effetti giuridici, normativi, dell'accertamento di colpevolezza in sé considerato, ma a quelli fattuali, concreti. Come per la pena ci si è interfacciati con la sua natura violenta, per le sentenze che statuiscono la responsabilità penale di una persona occorre guardare alle implicazioni in termini di stigma sociale che esse inevitabilmente portano con sé¹¹⁵. Si allude naturalmente alle conseguenze in termini

sistema processuale è «saper produrre *accertamenti di responsabilità*; senza di che, girerebbe a vuoto», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 970, corsivo dell'autore.

¹¹² Sul perché cioè «il giudice non deve condannare nessuno nei cui confronti non sia stata accertata una responsabilità penale, secondo il procedimento prescritto dal diritto», F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 12

¹¹³ In caso contrario l'accertamento risulterebbe imprescindibile per verificare la sussistenza stessa della ragione che esclude la punibilità del fatto, e dunque in ciò si fonderebbe la sua necessità.

¹¹⁴ Una conferma di diritto positivo di quanto si è affermato è rinvenibile nell'art. 129 c.p.p. Tra le diverse cause di proscioglimento che giustificano l'interruzione anticipata del processo non compaiono, a dispetto della rubrica dell'articolo, le cause di non punibilità in senso proprio. Esse infatti, per esistere, presuppongono la commissione del reato, e dunque l'accertamento della colpevolezza, per la verifica della quale occorre necessariamente attendere la conclusione del giudizio. Cfr. E. MARZADURI, sub *art. 129*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, II, 1991. Il tema verrà ripreso al cap. IV. La stessa 'pena sospesa' è beneficio che implica la condanna, dunque non può che essere posta al termine del processo dopo la pronuncia sulla responsabilità quale risultato finale dell'intero procedimento.

¹¹⁵ Sul punto si esprime con chiarezza M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 452: «Non bisogna però sottovalutare che la libertà dei moderni – l'attuale dimensione ampia e plurivalorativa del concetto di libertà personale, da non restringere alla sola sfera 'fisico-coercitiva' – ha

di reputazione e di senso dell'onore che una condanna implica, oltre alle possibili ripercussioni nel campo lavorativo e dei rapporti sociali¹¹⁶.

Trattandosi di una statuizione «ufficialmente riconosciuta come espressione della collettività»¹¹⁷, la sola dichiarazione di responsabilità, a prescindere dal concreto trattamento punitivo che può o meno seguire, costituisce un evento certo non scevro di conseguenze. La decisione giudiziale non vede infatti esaurita la propria rilevanza nella mera legittimazione di un trattamento punitivo, altrimenti illegittimo. Essa possiede un significato suo autonomo¹¹⁸, anche agli occhi della collettività intera. Enorme è il valore sociale che quella decisione assume, capace di incidere assai pesantemente nella sfera personale del condannato.

Se infatti già il mero avvio di un procedimento, percepito dalla collettività come un «rituale di degradazione»¹¹⁹, a carico di una persona, è circostanza capace di modificarne irreparabilmente la vita, le relazioni, gli affetti¹²⁰, un pregiudizio ben maggiore deriva dalla verità ufficiale che dal processo può scaturire quando fa dell'imputato, presunto innocente, un reo, accertato colpevole. Il giudizio, del giudice prima, collettivo poi, può allora spaventare più della sanzione¹²¹.

La sentenza di condanna, in definitiva, contiene inevitabilmente una valenza *de facto* punitiva, afflittiva. E «se la storia delle pene è una storia di orrori, la storia dei giudizi è una storia di errori»¹²².

È dunque anche il significato sociale dell'accertamento di colpevolezza in se stesso, nelle sue implicazioni sociali negative, a fondare la necessità di un previo giusto processo

l'aspetto di un prisma, le cui facce vengono scalfite ben prima del concreto farsi atto della pena detentiva. La sfera individuale del soggetto è pregiudicata, ad esempio, dall'efficacia stigmatizzante dell'accertamento penale».

¹¹⁶ Evocativa in tal senso l'immagine per cui «il processo è uno specchio le cui immagini, spesso infedeli, divorano la cosa riflessa», F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 588.

¹¹⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, cit., p. 5.

¹¹⁸ Cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 78.

¹¹⁹ In questi termini, riprendendo le parole di PAVARINI, F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., p. 151.

¹²⁰ Celebre l'espressione di Carnelutti, per cui il processo sarebbe già una pena, cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, pp. 34 s.

¹²¹ Lo ricorda S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 26, là dove rimarca: «gli uomini temono il giudizio più ancora della pena, temono la pena solo in quanto espressione di un giudizio. [...] Nulla gli uomini aborriscono come il giudizio, [...] Quel che importa non è che cada la testa, ma che se cade [l'accusatore sia] nel giusto: quindi quel che importa è il giudizio».

¹²² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 619.

per legittimarne la statuizione, e dunque le conseguenze¹²³, al punto da arrivare ad affermare che «il giudizio è una pena, è la sola vera pena»¹²⁴.

Ne consegue che una giustizia penale che rinunci ad essere arbitraria deve fondare le sue statuizioni di fatto¹²⁵ su di un procedimento capace di produrre risultati conoscitivi ‘veritieri’, cioè affidabili¹²⁶. Non si tratta, ormai è un dato acquisito, di cercare una ‘verità’ assoluta, orizzonte impossibile e che ha giustificato in passato metodologie ben poco rispettose dei basilari principi di libertà¹²⁷. Tuttavia, anche in una prospettiva di ricerca della verità meramente ‘processuale’, non può dirsi esaurita ogni tensione verso una corrispondenza¹²⁸ tra risultato dell’accertamento, pregno di conseguenze giuridiche e sociali, e fatto storico ricostruito¹²⁹.

Se allora il ragionamento sulla natura violenta della pena aveva portato a individuare nel diritto di difesa il principio che meglio esprime ed assicura la tutela dell’inviolabilità

¹²³ Non è un caso che la pronuncia che chiude il ‘patteggiamento’, rito che permette di fare a meno dell’accertamento *tout court* («*Nulla poena sine iudicio*, ci insegna la dogmatica penalistica e processualpenalistica. Ma noi abbiamo sempre pensato a questo principio come a un fondamentale presidio di garanzia per l’imputato. Qui, invece, è l’imputato stesso a chiedere di essere punito senza essere processato», F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., p. 150), non costituisca propriamente una sentenza di condanna, pur essendo a questa ‘equiparata’. E difatti è questo «molto spesso l’argomento decisivo per convincere i clienti riottosi a concordare la pena con il pubblico ministero: non c’è accertamento di responsabilità, lei potrà dire di non essere estato condannato!», *ivi*.

¹²⁴ S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., p. 27

¹²⁵ «I tribunali lavorano su dei nomi e scavano nel passato stabilendo se sia avvenuto qualcosa di definibile secondo dati modelli», F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 547. E tuttavia, ricorda sempre Cordero, lo sguardo al passato del giudice non coincide con quello di uno storiografo: «lo storico e il giudice lavorano sul passato ma il secondo segue linee predefinite: gli importano i soli avvenimenti da cui discenda qualche effetto giuridico», p. 588.

¹²⁶ «Una giustizia penale non arbitraria dev’essere in qualche misura “con verità”, cioè basata su giudizi penali prevalentemente cognitivi (in fatto) e ricognitivi (in diritto), siccome tali soggetti a verifica empirica», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 1990, p. 10.

¹²⁷ Il tema della verità, tra diritto sostanziale e processo, è oggetto di un ricco lavoro (sul quale, per una panoramica complessiva, G. FORTI, *Introduzione*, in G. FORTI, D. PULITANÒ (a cura di), M. CAPUTO, «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, Napoli, 2014, p. 3., di cui si vedano in particolare, nell’ottica processuale, i seguenti contributi: F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in G. FORTI, D. PULITANÒ, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, Napoli, 2014, p. 199; L. MARAFIOTI, *Giustizia negoziata e verità processuale selettiva*, in G. FORTI, D. PULITANÒ, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, Napoli, 2014, p. 219.

¹²⁸ Per una ricognizione sul significato della ‘verità’ come ‘corrispondenza’ sul piano filosofico legato a quello processualpenalistico, si veda il lavoro di F. D’AGOSTINI, *L’uso scettico della verità*, in G. FORTI, D. PULITANÒ, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di, Jovene, Napoli, 2014, p. 24.

¹²⁹ Da un lato l’accertamento che conduce a *verità processuale* su una determinata accusa integra una importante garanzia per l’imputato. Ciò che è stato dichiarato giudizialmente costituisce infatti un limite invalicabile che l’ordinamento pone, *in primis*, a se stesso. La potestà autoritativa dello Stato non può cioè andare oltre, o contraddire ciò che è stato sentenziato dal giudice. Equivale a dire: «ai valori ed alle virtù della verità» è stata assegnata «una priorità di principio, non solo epistemica ma anche normativa, nel senso che i valori (e le virtù) della verità non sono negoziabili con altri valori dell’ordinamento, o con altre virtù dei soggetti dell’ordinamento», D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 956. La verità diviene così un confine del potere statale. Ma nonostante questo, «“verità” è una delle parole più scomode e spaventose per i sistemi penali che accettano senza scomporsi, invece, di essere violenti», C. MAZZUCATO, *La giustizia dell’incontro*, cit., p. 281.

del singolo di fronte all'autorità statale, il discorso sulla natura afflittiva della condanna, che costringe a minimizzare il rischio di errori giudiziari, conduce alla regola del contraddittorio. In esso infatti è stato individuato il metodo che ha dato migliore prova come strumento cognitivo 'garantista' e che non ha caso è stato trasformato nel principio che informa di sé tutto il procedere del rito penale¹³⁰.

È dunque corretto dire che «l'accertamento della responsabilità non può che seguire le regole proprie del rito e derivare esclusivamente da un dibattimento davanti a un giudice in contraddittorio tra le parti assistite dai difensori», e questo a prescindere dal fatto che sia o meno prevista l'applicazione di una misura di risposta al reato a seguito della conclusione del rito¹³¹. La sola autoritativa statuizione della responsabilità di una persona rispetto ad un'accusa di natura penale, per essere legittima, deve fondarsi su di un giusto processo.

In definitiva il processo penale, nella forma delineata dalle regole del garantismo, è strumento necessario ed irrinunciabile ogniqualvolta occorra applicare una pena e ogni qual volta, a prescindere dalla pena, si voglia statuire, anche implicitamente, la colpevolezza dell'imputato con una sentenza¹³².

Rinunciare al processo penale implica allora obbligatoriamente rinunciare a entrambi tali profili, tanto alla comminazione di una sanzione penale, quanto all'emissione di una sentenza che dia conto della responsabilità penale.

¹³⁰ «Un dialogo che ha per posta la pena», possiamo arrischiarci a dire, giuridica e sociale, «tende ad assumere la forma naturale del contraddittorio», F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 5, che prosegue: «nella vicenda dei tempi sono mutate le forme, ma sopravvive il senso della contesa».

¹³¹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 118.

¹³² Cfr. D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 954: «il modello cognitivo del giusto processo – è (per ragioni garantiste!) la strada istituzionalmente necessaria per l'accertamento di responsabilità e l'irrogazione della sanzione», corsivo nostro.

Capitolo IV

Prospettive d'incontro tra diversione e giustizia riparativa

1. Le condizioni di legittimità 'intrinseche' della diversione.

Il rapporto di necessità che, in un sistema fondato sul principio garantista del *nulla culpa et nulla poena sine iudicio*, lega la dichiarazione di colpevolezza e la comminazione di una pena alla celebrazione di un giusto processo, fornisce le coordinate per vagliare le prime condizioni di legittimità delle alternative al processo penale.

Si è detto che là dove si intenda far valere, a fronte della *notitia criminis*, il legittimo potere punitivo dello Stato e dunque perseguire il fatto penalmente rilevante per addivenire a una dichiarazione di responsabilità prima e alla relativa pena poi, non può farsi a meno del giudizio. Chiarito questo punto, è possibile dare una prima risposta alla domanda che percorre il presente lavoro, e cioè a quali condizioni si possa legittimamente rinunciare al processo penale a favore di strumenti alternativi di reazione al reato incanalati nei percorsi della diversione.

Se *culpa e poena* richiedono lo *iudicium*, la diversione, per non tradire i principi del garantismo penale, dovrà essere costruita in modo tale da non implicare né la prima né la seconda. Si tratta di un semplice ragionamento *a contrario*, che tuttavia non lascia vie d'uscita. Perché la rinuncia al processo penale sia legittima, deve essere accompagnata dalla rinuncia all'accertamento della colpevolezza e alla comminazione di una pena. *Tertium non datur*.

Se cioè tanto l'accertamento di colpevolezza, esplicito o implicito¹, quanto la pena, – posta la natura afflittiva di entrambi i momenti, che incidono profondamente e negativamente nella vita di una persona – richiedono il processo quale strumento di garanzia, prima condizione di esistenza per un'alternativa al processo è che questa non comporti né l'una né l'altra, poiché insieme al processo viene anche a mancare tutto quel sistema di tutela appositamente approntato per legittimare i due momenti intrinsecamente afflittivi. Solo l'assenza di questi può dunque giustificare l'abbandono della strada processuale nelle sue funzioni classiche. Soltanto se viene a mancare l'inflizione del male che la pena incarna, da un lato, e la stigmatizzazione che l'affermazione della colpevolezza in sentenza porta con sé, dall'altro, non è più necessario verificare che tali

¹ Il punto sarà ampiamente affrontato al § 1.2.

conseguenze negative siano “giuste”, cioè “meritate”, e che cioè si verifichino esclusivamente nei casi stabiliti dalla legge accertati con gli strumenti processuali idonei a superare la presunzione di non colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. In definitiva, solo se non viene esercitata la potestà punitiva dello Stato, nella sua connotazione di tipo afflittivo e coercitivo, si può rinunciare a tutelare il cittadino da un suo esercizio arbitrario.

Si giunge così ad un punto nodale. Per costruire ipotesi *legittime* di diversione occorre inevitabilmente rinunciare agli strumenti d'afflizione, diretti (la pena) e indiretti (la dichiarazione di colpevolezza, con il carico di stigmatizzazione e le altre conseguenze sociali che arreca). Se così non fosse, essi risulterebbero illegittimi, perché non fondati sulle garanzie del giusto processo.

Sotto il primo profilo, poi, l'afflittività della risposta all'illecito non può connotare né l'esito del percorso alternativo, il quale dunque non deve concludersi con la previsione di una pena da scontare, ma soprattutto non può caratterizzarne i contenuti. Mentre infatti risulta più immediato individuare l'illegittimità di un'alternativa al processo che abbia come risultato finale l'inflizione di una pena – la violazione del principio '*nulla poena sine iudicio*' sarebbe plateale – è invece fondamentale sottolineare il secondo assunto, meno evidente, come dimostrato dalla più recente legislazione italiana². L'assenza di momenti punitivi deve connotare anche e soprattutto le modalità operative, i contenuti in cui sostanzia e di cui si compone il percorso di diversione. Forme alternative al processo penale che conducono all'applicazione più o meno celata di una pena *all'interno* dell'alternativa medesima integrano cioè allo stesso modo una violazione del principio *nulla poena sine iudicio*. Si tratta infatti pur sempre, anche se celata dall'impalcatura di una diversione, dell'applicazione di una pena in assenza di processo. In simili ipotesi, non solo la pena nascosta nella diversione risulta priva di fondamento giuridico perché applicata in assenza di tutte le garanzie necessarie, ma risulta illegittimo lo stesso strumento di diversione, in quanto conduce ad un intervento punitivo privo delle dovute garanzie. Il rischio, tutt'altro che peregrino, è che in nome di un avanzamento e di un ammodernamento della politica criminale, si ottenga una regressione, anziché un progresso, per il sostanziale annichilimento di quelle garanzie che costituiscono la conquista irrinunciabile di una cultura giuridica democratica. Dunque, *in primis*, perché un'alternativa al processo sia coerente con i principi garantistici, essa non deve implicare (cioè avere come contenuto) né condurre in alcun modo all'applicazione di una pena.

² Ci si riferisce alla normativa sulla messa alla prova per adulti, che verrà ampiamente esaminata, rispetto alla sua aderenza al modello qui proposto, al cap. V.

Anche sotto il secondo profilo occorre una precisazione: dire che la *culpa* necessita del processo penale implica affermare l'imprescindibilità del rito non solo per le pronunce che esplicitamente dichiarano la colpevolezza dell'imputato, condannandolo. Anche le sentenze conclusive del giudizio le quali, pur non enunciando apertamente la penale responsabilità della persona, la sussumono quale elemento logicamente necessario – si pensi alle pronunce che sanciscono la non punibilità del reato – richiedono la celebrazione di un giusto processo³. Condizione di legittimità di un'alternativa al processo, dunque, è non solo l'assenza di una sentenza di condanna, ma in generale il venir meno di qualsivoglia pronuncia in grado di enunciare, esplicitamente o implicitamente, ma comunque in modo comprensibile per la comunità sociale, la colpevolezza dell'imputato.

In definitiva, una forma di diversione può dirsi coerente con il modello del garantismo penale solo ove non si traduca in una condanna (anche se implicita) e in una pena senza processo. Si tratta in particolare di due condizioni di legittimità che afferiscono alla diversione considerata come strumento autonomo di risposta al reato; per tale ragione, ai fini del presente lavoro, si sceglie di denominarle “condizioni di legittimità intrinseche”⁴.

Se sia possibile per l'ordinamento approntare una risposta al fatto penalmente rilevante che realizzi tali condizioni, rimanendo priva di connotati afflittivi, e in quali modalità questo possa avvenire, è ciò che si indagherà nel presente capitolo.

1.1. *Rinuncia alla natura punitiva della reazione all'illecito.*

È assai diffusa l'opinione secondo cui l'afflittività della risposta al crimine, e cioè la centralità assoluta nel sistema di giustizia del momento punitivo, costituisca una necessità, amara, ma irrinunciabile⁵. Qualcosa sul tema si è già detto⁶: comunque si voglia impostare il discorso al riguardo e quali che siano le linee di giustificazione o le finalità che si assegnano a tale momento, «alla fine si punisce...a prescindere [...]. Questo è il “solo fatto” che – nella storia – non è mai (o ancora) venuto meno»⁷.

³ Di nuovo, si rimanda al § 1.2.

⁴ Differenziandosi da quelle necessarie a che la diversione possa dirsi legittima nel contesto più ampio del sistema processuale penale e in relazione ad esso. Questo secondo tipo di condizioni, che verranno chiamate ‘estrinseche’, saranno oggetto di specifica trattazione al cap. VI.

⁵ In termini di «amara necessità» si esprime, ad esempio, D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 51.

⁶ Cfr. cap. III.

⁷ M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 18.

L'ineluttabilità di una pena come risposta al reato pesa come un fardello sulle spalle della società, che fatica a liberarsi dall'idea, antichissima, della sofferenza come fonte di purificazione e redenzione⁸. Da qui l'identificazione della 'pena patibolare' quale unica via per reagire all'ingiustizia⁹. Lo stesso sistema penale, pur sempre immerso nelle dinamiche concrete della storia e della cultura di un ordinamento, ha sì tentato di limitare sempre più gli arbitrii di una penalità irrazionale o strumentalizzata, ma non ha saputo divincolarsi dalla necessità concettuale di rispondere al male con il male¹⁰. Le stesse concezioni preventive più moderne non hanno osato proporre una rinuncia radicale al nucleo di retributività insito in qualsivoglia tipo di risposta *penale* al reato¹¹.

Ma perché «ostinarsi nel chiudere orgogliosamente la propria riflessione scientifica di fronte al *novum*»¹², dal momento che non può dirsi esistente una reazione 'naturale' e necessitata alla violazione delle norme penali di un ordinamento¹³?

Il discorso sulla possibilità di approntare reazioni al crimine di tipo non punitivo chiama in primissima battuta in causa il vivace dibattito che accompagna il tema, vastissimo e frastagliato, della *non punibilità*. Ci accostiamo dunque a quel dibattito, non per ottenere l'inquadramento dogmatico di un fenomeno che ha oramai assunto contorni di eterogeneità difficilmente riconducibili ad unità (e che non collima peraltro con la natura delle alternative al processo, che sono chiamate a operare a monte della punibilità

⁸ «La regola soprattutto viene confusa con la punizione. Si pensa, cioè, che la regola si identifichi con il castigo applicato alla sua violazione. Non è così», in G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla – Si può educare al bene attraverso il male?*, Ponte delle Grazie - Salani, Milano, 2013, p. 8.

⁹ Cfr. M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p. 32, che laconicamente conclude: «dall'idea della "pena patibolare", lo abbiamo detto, non ci siamo ancora liberati».

¹⁰ Così L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 61: «Per secoli, invece, proprio il sistema penale ha impedito, o limitato grandemente, la riflessione sulle scelte politico criminali, offrendo un paradigma della risposta ai reati inteso, nel suo nucleo, come necessitato, il che ha reso agevole considerarlo, altresì, come esaustivo: si tratta della previsione di sanzioni (per l'appunto, le *pene*) costruite in termini di corrispondenza analogica al livello di negatività che si ritenga di riscontrare nel fatto illecito commesso».

¹¹ Ancora L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 66: «le concezioni preventive più o meno moderne [...] non hanno mai preso davvero le distanze dall'idea che la prevenzione si fondi in termini di intimidazione e neutralizzazione, sul minacciare e sull'applicare ritorsioni del male, vale a dire sul meccanismo retributivo». Solo i fautori del c.d. 'abolizionismo' hanno messo radicalmente in discussione la legittimità di un sistema di tipo punitivo, e tuttavia più per l'empirica constatazione del fallimento negli obiettivi di prevenzione del crimine che non per opposizione all'idea di render male per male. La bibliografia in tema è sconfinata, basti il riferimento, tra le opere tradotte in italiano, a N. CHRISTIE, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, EGA, Torino, 1985.

¹² L'interrogativo è di M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 22, che significativamente prosegue: «il *novum* si radica sempre altrove, nel mutamento di senso e di scopo che il sottosistema della giustizia penale subisce all'interno del sistema politico nel suo complesso». Sul collegamento fra tipo di risposta all'illecito e orizzonte teleologico del sistema, cfr. *infra*.

¹³ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 61. «non vi è una sorta di *pena naturale*, cioè un tipo di risposta al reato che sia da riconoscersi, senza ulteriori valutazioni, come dovuto».

di un reato¹⁴) ma per ragionare, appoggiandoci sulle acquisizioni teoriche raggiunte, in merito alle situazioni che permettono di rinunciare alla pena come risposta all'illecito, posto che questa – si è visto – è la prima delle condizioni di legittimità della diversione.

Ci si dovrà dunque anzitutto domandare se sia possibile scindere il legame, ritenuto per secoli indissolubile in forza del principio *nullum crimen sine poena*, tra reato e pena ad esso correlata. Solo se ci si iscrive nella possibilità di recidere, 'infrangere'¹⁵, tale legame ha infatti senso immaginare la costruzione di alternative al processo.

Simile recisione è quanto già si ottiene con la previsione delle ipotesi di non punibilità. Con questa locuzione si intende fare riferimento a quell'«universo di istituti e discipline sostanziali e processuali che, in presenza di un pregresso comportamento concreto penalmente tipico, antiggiuridico e colpevole (ciò che lo rende normalmente un reato), riguardano l'ulteriore selezione dei *fatti* di reato e degli *autori* in vista della loro non punibilità (e concreta non punizione)»¹⁶.

Non si sta quindi parlando delle *cause di non punibilità* in senso stretto¹⁷, ma di ogni istituto, anche di natura processuale, in grado di evitare la concreta comminazione di una pena per un fatto penalmente rilevante¹⁸. Simili strumenti possono operare *ab origine*, al momento cioè del perfezionamento della fattispecie di reato – ipotesi di non punibilità *originaria*¹⁹ – oppure intervenire sul legame tra fatto e sanzione in un momento successivo, come avviene con le ipotesi di non punibilità *sopravvenuta*²⁰. La riflessione intorno a queste ultime è chiaramente quanto interessa approfondire.

¹⁴ Cfr. § 1.2.

¹⁵ L'espressione, di forte carica evocativa, si deve ad A. DI MARTINO, *La sequenza infranta – Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

¹⁶ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 1035 s. In termini analoghi, G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 1960, p. 609: «in senso latissimo [...] abbraccia tutti i motivi per i quali un determinato fatto può non ricadere sotto la sanzione penale». Tra i lavori più recenti, cfr. F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 7: «condizione, esclusione ed estinzione della punibilità esprimono significati per i quali un reato non viene punito».

¹⁷ Sulle quali, G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., pp. 609 ss. In ogni caso non rileva in questa sede la questione concernente la collocazione sistematica della punibilità nella teoria del reato. Basti sul punto rimandare per le tradizionali concezioni tripartite, che escludono la punibilità dal novero degli elementi costitutivi dell'illecito, ancora a G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., pp. 609 ss. Per l'ipotesi quadripartita, si veda invece G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 3° ed., 2001, pp. 651 s.

¹⁸ Estremamente efficace la definizione di A. ASTROLOGO, *La causa di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 19: «la locuzione *circostanze di esclusione della punibilità* è da considerarsi in una significazione totalmente *atecnica*, quale espressione di una clausola generale a cui ricondurre tutte le ipotesi (senza che vi sia neanche una precisa distinzione tra l'ambito sostanziale e quello procedurale) in cui si assiste ad uno scollamento tra la realizzazione di un fatto penalmente rilevante e l'applicazione della sanzione criminale».

¹⁹ Si pensi al caso delle immunità, che operano fin da subito ad escludere la punibilità di un reato.

²⁰ Cfr. M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1035; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1659 ss.

Tradizionalmente, in linea con l'ideale dell'infalibilità e della prontezza della risposta dello Stato al reato²¹, evocata anche dal brocardo latino, di matrice chiaramente retributiva, *nullum crimen sine poena*, il ragionamento sul legame tra reato e pena è stato posto nel senso della necessaria punibilità del crimine, rispetto alla quale le ipotesi di mancata applicazione della sanzione penale sarebbero da considerarsi una patologia del sistema²².

La scienza giuridica moderna, tuttavia, ha scardinato simile impostazione, asserendo con forza che «entrambe queste idee (certezza e obbligatorietà cieca della pena) sono errate»²³. Ad oggi, un vasto numero di istituti mostra come l'ordinamento abbia accolto con favore al suo interno la scissione dell'illecito dalla conseguenza punitiva minacciata, il che porta a prendere «atto della possibilità di dissociare il reato dalla punibilità»²⁴.

Le ipotesi di non punibilità sopravvenuta possono essere suddivise in due macro-aree, a seconda delle ragioni che fondano la non punibilità del fatto: da un lato gli strumenti, attraversati dalla *ratio* di garantire una efficace deflazione ed economia del sistema, nei quali la non punibilità è l'esito di una procedura negoziale²⁵; dall'altro quegli istituti costruiti sulla neutralizzazione dell'offesa recata con il comportamento antiggiuridico²⁶.

Gli istituti afferenti a tale secondo ventaglio di ipotesi presentano caratteristiche del tutto peculiari, e hanno condotto a guardare al fenomeno della non punibilità in un'ottica del tutto innovativa e – si ritiene – feconda²⁷.

²¹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1978, § 19, «Prontezza della pena», pp. 47-49.

²² Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 223.

²³ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, p. 1046.

²⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 445.

²⁵ C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1661, parla di 'istanze di autoriduzione', di cui costituirebbero un esempio le varie tipizzazioni dell'irrelevanza penale del fatto, quali emergono dalla normativa per il giudice di pace (art. 34 d.lgs. n. 274/2000), nella legislazione minorile (art. 27 d.P.R. n. 448/1988), e ora anche nella normativa ordinaria (art. 131-bis c.p.).

²⁶ Così C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1657: «ormai, la punibilità si attegga ad una sorta di 'scatola di compensazione' di almeno due esigenze che pervadono gli ordinamenti penali moderni: da un lato spicca la finalità di *autoriduzione*; dall'altro lato, si staglia un obiettivo di *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, attraverso il ricorso a modelli sanzionatori non più repressivi ma *compensativi*»; la stessa dicotomizzazione era stata proposta da M. DONINI, *Non punibilità*, cit., pp. 1057, seppur in termini parzialmente diversi: vi si parla di «risposte sostanziali e processuali all'illecito» che conducano in un caso «a una *neutralizzazione dell'offesa ovvero del giudizio negativo sulla capacità criminale dell'autore*», nell'altro «a realizzare *finalità ed esigenze di economia processuale o extrapenale completamente autonome rispetto al significato antiggiuridico e colpevole del fatto commesso*».

²⁷ Le riflessioni che seguono sono di Massimo Donini, come sviluppate dapprima in M. DONINI, *Non punibilità*, cit., pp. 1035 ss., e poi approfondite in Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 75 ss. Esse sono state ampiamente riprese e riproposte, fra gli altri, da M. Caputo, *Il diritto penale*, cit., pp. 454 ss., da C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pp. 1659 ss., nonché parzialmente da C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive*

A partire dall'osservazione di alcuni singoli meccanismi volti a ripristinare *ex post* il valore offeso dal reato e in grado di incidere sulla punibilità sino ad escluderla – si pensi all'accertamento di un illecito in tema di sicurezza sul lavoro, la cui sanzione può essere evitata purché l'agente rettifichi tempestivamente il comportamento in senso conforme alla normativa²⁸, ed ad altri fenomeni simili approntati per tutte quelle «incriminazioni finalizzate a organizzare il ruolo sociale dei destinatari in aree di contesto lecito di base: norme di organizzazione, beni strumentali, forme di controllo, ordini, autorizzazioni» – si è giunti a riconoscere nella non punibilità di un fatto la diretta espressione del principio di sussidiarietà dell'intervento penale²⁹.

Gli esempi descritti costituirebbero, secondo la citata dottrina, solo un «*ventaglio di ipotesi [che] non esaurisce affatto il discorso*»³⁰, il quale dunque ben può ritenersi di portata generale, valido per ogni situazione in cui sussista l'«operare di *contro-azioni compensative o conciliative*, determinan[d]o una *riduzione ex post della caratura lesiva del reato*»³¹. Il principio di sussidiarietà infatti, «postula [...] che la pena venga utilizzata soltanto quando nessun altro strumento, sanzionatorio o non, sia in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace nei confronti di una determinata forma di aggressione»³². Ne deriva la possibilità e anzi l'auspicabilità di una vasta gamma di meccanismi, di natura processuale e sostanziale, accomunati dall'obiettivo di una sua migliore realizzazione³³. Il rispetto del principio di *extrema ratio* si estende in tal modo

interdisciplinari – Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, pp. 159 s.

²⁸ Cfr. artt. 20-24 d.lgs. n. 758/1994; art. 17 d.lgs. n. 231/2001.

²⁹ Cfr. M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, pp. 1035 ss. Sul tema basti il riferimento a D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza del lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

³⁰ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, pp. 1046 s., corsivo dell'Autore.

³¹ Sono le parole di C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1661, corsivi dell'Autore.

³² Così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 5° ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 13, che continua: «oltre che 'meritata', cioè proporzionata alla gravità del fatto, la pena deve dunque essere 'necessaria': ad essa si può fare ricorso solo come *ultima ratio*. Devono perciò rimanere estranee alla sfera del penalmente rilevante non solo le 'bagatelle', ma eventualmente, anche fatti di notevole gravità – che dunque di per sé 'meriterebbero' la pena – allorché l'effetto di dissuadere i consociati dal commetterli possa essere raggiunto attraverso interventi di politica sociale o attraverso la previsione di sanzioni meno invasive della sanzione penale». Per una ampia bibliografia sul principio di sussidiarietà in materia penale, M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 456.

³³ Non a caso la categoria delineata da M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, pp. 1035, corrisponde a una non punibilità da intendersi «in un'accezione molto ampia, sostanziale e processuale, [...] attratta in chiave teleologica sotto il principio di sussidiarietà». Esempi di meccanismi di tal fatta sono, nella ricostruzione di C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1661, la desistenza e il recesso nel tentativo (art. 56 c.p.), le condotte riparatorie nella giurisdizione di pace (art. 35 d.lgs. n. 274/2000), la messa alla prova minorile (artt. 28-20 d.P.R. 448/88, cui dal 2014 va affiancata anche la disciplina per adulti ex artt. 464-bis ss. c.p.p.), l'oblazione 'contrattata' in materia antinfortunistica (artt. 20-24 d.lgs. n. 758/1994), nonché i *compliance programs* in tema di responsabilità sanzionatoria da reato degli enti collettivi (art. 17 d.lgs. n. 231/2001).

oltre il momento della definizione dei reati a livello di fattispecie astratta, abbracciando anche il momento della comminazione prima, e dell'esecuzione poi, della pena in concreto. Il dipanarsi delle logiche della sussidiarietà nella fase di concreta operatività di una norma penale può condurre alternativamente a meccanismi di degradazione della risposta sanzionatoria, che si volge verso soluzioni via via meno incisive sulla sfera delle libertà personali, fino a determinare il venir meno *in toto* di qualsivoglia reazione punitiva³⁴.

È questo un concetto *funzionale* di non punibilità, perché «orientato alle conseguenze»³⁵, ovvero con lo sguardo fisso all'orizzonte teleologico del diritto penale minimo³⁶. In una visuale opposta a quella che fa della non punibilità una 'merce di scambio' di cui l'ordinamento si serve per raggiungere fini del tutto estranei all'offesa e al senso della pena³⁷, sarebbe invece *conforme allo scopo dell'incriminazione* stabilire che, dopo la sua stessa violazione, si possa giungere a decretarne la non punibilità³⁸. Se infatti la violazione della norma si traduce nell'offesa al bene giuridico tutelato dalla stessa, una apprezzabile neutralizzazione dell'offesa, mediante il ripristino del bene tutelato, ne raggiunge la finalità rendendo inutile l'intervento punitivo³⁹. Si può dire che, in quest'ottica, la non punibilità diviene «in buona parte *cofunzionale agli scopi tradizionalmente assegnati alla pena*» stessa⁴⁰. La pena non può essere infatti fine a se stessa, dovendosi ormai considerare superata l'idea della retribuzione assoluta. Lo stato contemporaneo non ha il ruolo di compensare meriti e colpe⁴¹. Dunque per non incorrere in «un errore teleologico [...] se la pena ha uno scopo diverso dalla sola riaffermazione

³⁴ Sul punto si veda, più specificamente, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., pp. 75 ss..

³⁵ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, pp. 1036.

³⁶ Nello stesso senso, in merito alle cause sopravvenute di non punibilità, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 223.

³⁷ La denuncia di tale fenomeno, ritenuto il 'punto di crisi' della (non) punibilità, è di T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 411.

³⁸ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1047. In termini simili, C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1661, che parla di misure «capaci di surrogare la pena e di forgiare prestazioni utili nella direzione della tutela del bene giuridico» e dunque «cofunzionali agli scopi della pena, perché orientate sul bene giuridico e vicine a quest'ultimo», corsivi dell'Autore. Il discorso non esclude i profili riguardanti la prevenzione generale, sui quali cfr. *infra*.

³⁹ D'altra parte «un reato 'c'è tutto' anche senza la pena (come sanno, purtroppo, le vittime!), cosa che ci fa intravedere il compito del diritto penale sta 'tutto', o sta per la maggior parte, dentro la previsione dei comportamenti offensivi, cui si accompagna – nell'ipotesi in cui vengano posti in essere – una risposta significativa (e non afflittiva), lungo una coerenza con i (anziché smentita dei) beni protetti», così, C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 132.

⁴⁰ Così, C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1660, e questo in ragione della «totale o apprezzabile neutralizzazione dell'offesa o della capacità criminale dell'autore».

⁴¹ «Il diritto penale moderno, nel suo avanzato stato di laicizzazione, non esprime universalità di giustizia, ma si giustifica in quanto orientato a *fini di utilità*», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., p. 19.

dei valori violati e dalla compensazione delle colpe, deve essere o comunque deve poter essere disapplicata tutte le volte in cui la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità dell'intervento»⁴².

Ciò equivale a dire che, pur in presenza di un fatto che secondo le norme dell'ordinamento sarebbe astrattamente *meritevole* di pena, una volta raggiunti con un intervento *ex post* gli obiettivi di tutela rappresentati dalla norma, la pena non avrebbe alcuna funzione da assolvere se non quella di affermare se stessa, dunque il fatto non avrebbe *bisogno* di pena⁴³. In un ordinamento che persegue seriamente il principio della limitazione della libertà personale quale *extrema ratio*, quando questa è divenuta inutile, non servente alcuno scopo più alto, il sistema stesso deve permettere e rendere fisiologico l'abbandono della misura punitiva⁴⁴. Se cioè dopo la violazione di una norma si riesce a far sì che possa dirsi raggiunto l'obiettivo di tutela che essa esprimeva attraverso strade che non implicano un'afflizione, quest'ultima necessariamente non può più essere comminata; perde, da un punto di vista razionale e finalisticamente orientato, ogni significato e legittimità. Dunque il celebre adagio *nullum crimen sine poena* risulta falsificato, potendo enunciarsi in sua vece un diverso principio: *nullum crimen sine rimedio*, dove «il rimedio solo in via di estrema necessità può essere l'applicazione della pena»⁴⁵. E d'altra parte la Costituzione «non fornisce espressamente indicazioni sulle modalità tecniche che devono caratterizzare la tutela penale»⁴⁶.

Da queste riflessioni emerge come la pena possa – e in un'ottica di sussidiarietà debba – essere oggetto di rinuncia, e dunque come la non punibilità possa costituire un esito perfettamente fisiologico nel sistema⁴⁷.

⁴² M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1050 s.

⁴³ Sui concetti di meritevolezza e di bisogno di pena la discussione è sconfinata. La dottrina tradizionale ha approntato una classificazione relativamente rigida, ritenendo che la meritevolezza di pena afferisca alla teoria generale del reato, mentre sarebbe il solo bisogno di pena a incidere in termini di punibilità dello stesso. Altri ritengono invece che si tratti di parametri descrittivi impossibili da incardinare in classificazioni cristallizzate, ritrovandosene elementi in momenti diversi e disomogenei fra loro. In questa seconda ottica lo stesso discorso sulla non punibilità coinvolgerebbe tanto il concetto di meritevolezza, quanto quello di bisogno di pena. Per una panoramica sulla discussione e per le argomentazioni a favore della seconda impostazione, M. ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 39 ss., in particolare p. 46.

⁴⁴ La non punibilità, in questa prospettiva ampia, corrisponde ad «ogni ipotesi di rinuncia alla pena o di sua trasformazione qualitativa connessa a condotte o situazioni *sopravvenute* all'illecito colpevole può ricondursi a un'espressione o a una valutazione politica dell'idea di *extrema ratio*, e quindi di sussidiarietà», M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1044.

⁴⁵ Così, G. AMARELLI, *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quaderni di Scienze Penali*, I Farella, Napoli, 2005, p. 41.

⁴⁶ M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., pp. 126 s., secondo il quale dalla Costituzione è piuttosto evincibile, oltre al rispetto del principio di proporzionalità tra delitto e pena, quello della «stretta necessità nel ricorso alla risorsa penale».

⁴⁷ E difatti si conclude da un lato che, «il fenomeno della non punibilità, pertanto, lungi dal rappresentare in quanto tale una patologia da correggere, si iscrive nell'assetto teleologico complessivo del sistema

È chiaro: non può trattarsi di una non punibilità incondizionata, ledendosi altrimenti il principio di legalità e l'impegno di tutela da parte dell'ordinamento dei beni fondamentali della vita comune che esso esprime. La stessa Corte costituzionale ha chiarito i termini del discorso, affermando che la frattura reato/pena deve essere valutata «in funzione delle finalità proprie della pena», sì che quando «viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento e i limiti dell'intervento punitivo dello Stato»⁴⁸.

Si parla delle 'finalità della pena', ma sarebbe più corretto riferirsi alle finalità del sistema penale nel suo complesso⁴⁹. È infatti ben più ampio l'orizzonte teleologico entro cui si iscrive la riflessione sulle ipotesi di non punibilità, e coincide non già con gli scopi che sono stati assegnati al momento punitivo, ma ai fini generali del sistema giustizia, cui lo stesso momento punitivo dovrebbe essere servente⁵⁰. La sovrapposizione dei due piani, funzioni della pena e funzioni del diritto penale, si spiega alla luce del fatto che il sistema ha da sempre affidato la realizzazione dei propri obiettivi alla sola pena – unico strumento conosciuto e utilizzato dalla macchina della giustizia – la quale ha finito per assumere su di sé l'interezza degli obiettivi che il sistema si poneva. Il ragionamento sulla rinuncia alla pena quale unica risposta al reato costringe invece a spostarsi «dagli scopi e dalla teoria della pena (che per secoli hanno tormentato la coscienza dei penalisti), agli scopi e alla teoria del diritto penale (*rectius*: criminale) che non si caratterizza più, qui, per la sua atrocità, bensì per la rilevanza di ciò che intende proteggere e per il fine che persegue:

penale», M. DONINI, *Non punibilità*, cit., 2001, pp. 1050 s., corsivi dell'Autore; dall'altro che «l'abbandono della pena costituisce un epilogo coerente, atteso che le contro-azioni rivolte a ridurre lo spessore lesivo del reato surrogano appieno gli scopi delle incriminazioni, senza mettere a repentaglio le esigenze di stabilizzazione delle aspettative e di *Steuerung* insite nel ricorso alla legge penale», C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1661.

⁴⁸ Corte cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 1587. Nella stessa sentenza si legge: «ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale [...] da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima».

⁴⁹ Accosta i due piani del discorso anche G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1131: «In realtà, il dibattito sulla tipologia delle sanzioni non è separabile da quello sui fini della pena ed anzi presenta con quest'ultimo tali e tante interconnessioni che la costruzione di *specie, durata e meccanismi di sostituibilità* delle sanzioni viene fatta in ragione, ed anzi a partire, dagli *obiettivi* del sistema penale».

⁵⁰ Lo chiarisce M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1051. «*finalità della pena e funzioni del sistema* sono concetti distinti: il secondo appare invero molto [...] più capace di spiegare la pena che (opportunamente) non si applica in chiave di efficienza del sistema e se si vuole di "legittimazione" del sistema oltre le finalità della pena stessa».

additare i beni giuridici e segnalarne le modalità di offesa»⁵¹. È solo quando i fini sistemici possono dirsi raggiunti, infatti, che la pena perde la sua funzione e si fa strada la non punibilità di un fatto-reato⁵².

Ora, definire quali siano gli obiettivi ultimi di un sistema quale quello della giustizia è compito che certamente esorbita dalle possibilità del presente lavoro. Cionondimeno è necessario cimentarsi brevemente e per suggestioni sull'orizzonte finalistico ultimo che caratterizza l'intervento penale. Si tratta infatti di un passaggio ineludibile per verificare la possibilità di rispondere al reato con strumenti diversi da quelli punitivi, ciò che la diversione – si è detto – deve essere in grado di fare per dirsi intrinsecamente legittima.

È stato autorevolmente detto che «il diritto penale ha per compito la tutela della persona umana nella società»⁵³. Simile affermazione costringe da subito ad ampliare lo sguardo, a guardare oltre ai ragionamenti avviluppati intorno alle teorie di stretta giustificazione della pena. La questione criminale, si dice altrove, non dovrebbe essere *infrapenalistica*, in quanto non esiste un'antigiuridicità ontologicamente di natura penale, ma esiste piuttosto l'urgenza di promuovere il rispetto di regole stabilite con metodo democratico volte, di nuovo, alla tutela diretta o indiretta dei diritti umani⁵⁴. D'altra parte è risalente l'osservazione per cui fine ultimo del sistema è «il ristabilimento della *tranquillità*», che oggi chiameremmo 'pace sociale', essendo il diritto penale chiamato a rappresentare il «protettore dell'umanità» e non «il tiranno ed il carnefice»⁵⁵ della stessa.

La ragione d'esistenza del sistema criminale non è dunque la comminazione di una pena, ma la tutela dei diritti umani, di quei valori ritenuti tanto importanti da poter giustificare, in assenza di altri strumenti di tutela, persino la limitazione della libertà personale. Quest'ultima, di conseguenza, non è uno strumento obbligato. Al contrario, la stessa coerenza interna del sistema – che intende tutelare i diritti umani, libertà *in primis* – pretende si tratti di una tipologia di intervento di *extrema ratio*, adibibile solo là dove qualsiasi altra soluzione risulti assolutamente insoddisfacente. E difatti la tutela dei beni giuridici contenuti nella norma penale si ottiene non solo con «la minaccia delle sanzioni

⁵¹ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit. p. 135.

⁵² Cfr. M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1051. Anche A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 104, sottolinea la centralità dell'«unitarietà teleologica cui aspira il sistema penale, in cui processo e riaffermazione della norma devono essere integrati negli scopi comuni del sistema nel suo complesso».

⁵³ M. ROMANO, sub *Pre-art. 1*, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9.

⁵⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 61.

⁵⁵ F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, in Id., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 507, che ribadisce: «I cittadini per unanime ed universale consenso accettano il sistema della penalità confidata all'autorità sociale, perché la veggono rivolta al fine di assicurare la tranquillità di tutti. Toglietele questo fine, e diverrà odiosa ed intollerabile».

e la relativa intimidazione, ma anche – e soprattutto – con le rappresentazioni dei confini della libertà dell’agire che diffonde e l’adeguamento spontaneo che suggerisce»⁵⁶. È questo il significato primario della prevenzione⁵⁷; essa solo secondariamente indica, nelle diverse accezioni assegnate a tale espressione⁵⁸, la causa giustificativa principale dell’intervento penale moderno, esprimendo innanzitutto la tensione alla tutela e al rispetto di quei valori fondamentali sui quali l’ordinamento fonda la pacifica convivenza della società⁵⁹. Nel tentativo, raffinandosi nel tempo e sempre in corso di evoluzione, di fornire una valida risposta al tema delle ingiustizie perpetrate all’interno di una società organizzata, il diritto penale tenta così di garantire il contenimento della conflittualità fra i consociati. Assume in questo modo un significato specifico l’obiettivo della prevenzione, speciale e generale, il cui sguardo non è volto, è bene ribadirlo, a dare un significato *ex post* ad una pena che sembra ineludibile, ma agisce *ex ante*, quale ‘imperativo’ di una comunità democratica cui è attribuito il compito di governare ‘laicamente’ i conflitti interpersonali⁶⁰.

Slegare il discorso sulla prevenzione – quindi sulla tutela primaria e secondaria, cioè anteriore e successiva all’eventuale violazione dei beni giuridici fondamentali – dalla pena, significa immaginare un sistema non più prettamente ‘penale’, fondato unicamente sulla sanzione afflittiva quale reazione all’illecito, ma più propriamente ‘criminale’, incentrato sulla promozione del rispetto delle norme e, se queste vengono tradite, su una reazione volta a garantire il ripristino del bene violato e la futura conformazione dell’agente⁶¹.

⁵⁶ M. ROMANO, sub *Pre-art. 1*, cit., p. 9.

⁵⁷ «Il momento non solo cronologicamente, ma anche logicamente e funzionalmente primario del diritto penale in quanto diritto è quello della previsione dei reati, della comunicazione, della diffida, quello insomma della prevenzione», ancora M. ROMANO, sub *Pre-art. 1*, cit., p. 11.

⁵⁸ Per una disamina chiara e concisa delle svariate idee di prevenzione elaborate nel tempo dalla dottrina, espone attraverso l’immagine di un ‘albero’ che a partire dall’unico tronco conosce numerose ramificazioni, cfr. M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., pp. 34 ss.

⁵⁹ Di nuovo utile il riferimento a F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, cit., p. 506, secondo cui «se il fine delle pene fosse la *espiazione*, o dicasi anche la riaffermazione per parte del colpevole del diritto da lui negato col delinquere, la dottrina della *rejudicata in criminale*, come del pari la dottrina della *prescrizione*, sarebbero un non senso, un arbitrio, una iniquità. Ma il fine della pena è la *tranquillità*».

⁶⁰ In questi termini, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 12: «gli imperativi delle democrazie nella formazione degli stati sociali di diritto impongono di reclutare anche la scienza penalistica alle funzioni proprie di una agenzia “laica” di governo dei conflitti sociali. La riflessione dogmatica deve quindi ricostruirsi ponendo a proprio fondamento il fine di prevenzione».

⁶¹ Avendo come orizzonte «la *prevenzione* delle condotte trasgressive di regole giuridiche fondamentali» si può mirare «per la prima volta, alla configurazione di quello che potrebbe essere definito un *codice della politica criminale*», L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 58; di diritto ‘criminale’ e non più meramente ‘penale’ parla ampiamente anche C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 133: «la lezione fondamentale sta tutta qui: nella visione di un diritto dei crimini (*rectius*: di un diritto dei precetti per prevenire i crimini), prima che di un diritto delle pene».

A ben vedere, l'orizzonte assiologico della prevenzione, generale e speciale, dei reati – orizzonte che lo stato moderno ha oramai assimilato come fonte di legittimazione e ragione d'esistenza del sistema di reazione ai crimini in generale⁶² – rimanda all'umanissima esigenza di ogni componente di una comunità organizzata di poter nutrire sentimenti di fiducia, oggi declinata sovente in termini di sicurezza, nei confronti dei propri consociati. Senza fiducia la società implode. In questo senso «la pena» – ma il discorso potrebbe benissimo riferirsi anche ad altri tipi di intervento, se costruiti in modo tale da risultare funzionali allo scopo – «serve per creare fiducia istituzionale, indipendentemente dal contenuto specifico delle norme stesse: è una forma di integrazione che – nei sistemi complessi – sostituisce le forme spontanee di affidamento reciproco degli individui nelle comunità elementari»⁶³.

È dunque chiaro che la non punitività a seguito della commissione di un illecito non può tradursi in una ingiustificata inerzia dell'ordinamento, cui spetta il precipuo compito di ristabilire, indicandone il valore sotteso, la vigenza della norma e di ricostruire quella fiducia intersoggettiva alla base del convivere sociale⁶⁴.

«Mettere in agenda la fine dell'*appalto* al diritto penale – al diritto penale di sempre [...] – del compito di contrastare i comportamenti criminosi»⁶⁵, non significa cioè in alcun modo rinunciare *in toto* a contrastarne la commissione, né rinunciare alla pena quale strumento primario di reazione al reato implica rinunciare a censurare il comportamento anti-giuridico⁶⁶. *Sancire* la validità di una norma e il valore del bene giuridico che essa

⁶² «Di fondo, sono due gli obiettivi dominanti – quello *disciplinare*, che riflette esigenze di mera difesa sociale, e quello *pedagogico*, che estroflette esigenze di ingegneria sociale», così G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1131. La dottrina austriaca vi affianca, quale terzo elemento, la tutela degli interessi della vittima, cfr. M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, p. 141. La riflessione della dottrina italiana sul punto è più recente, si v. per tutti M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, *passim*.

⁶³ «In questo contesto», prosegue l'Autore, «la violazione di una norma è disfunzionale non perché vengono lesi beni giuridici protetti dalla norma stessa, ma perché viene messa in discussione la norma stessa e di conseguenza è minacciata la fiducia dei consociati nelle istituzioni. La punizione serve a produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà nei confronti del diritto», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., p. 45.

⁶⁴ Si veda, nuovamente, il principio espresso dalla Corte costituzionale sul fondamento e sulla legittimità delle ipotesi di non punibilità, nota 48.

⁶⁵ Ove per “diritto penale di sempre” si intende quello «fondato sulla prevenzione mediante retribuzione, o forse meglio sulla retribuzione che dice di fare prevenzione» L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 58.

⁶⁶ Cfr., per una distinzione tra i profili dell'afflizione da quelli della censura, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. De SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 47 ss. «Non si tratta», con le lucide parole di L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 62, «di contestare che la risposta al reato – all'aver significativamente disatteso esigenze derivanti dalla vocazione solidaristica della vita umana – rappresenterà necessariamente [...] un'esperienza impegnativa per l'autore del medesimo e tale da contrastare (in questo senso, se si vuole, negandola) una sua volontà di

protegge è compito che può ben essere demandato, sì, a *sanzioni*, prive tuttavia di connotati afflittivi. Si parla in tale ambito di *sanzioni positive*, le quali si fondano sulla tecnica dell'«incoraggiamento», in luogo della minaccia e dell'intimidazione⁶⁷. Non a caso vi è chi legge il dipanarsi delle ipotesi di non punibilità del reato alla stregua di tentativi, pur disomogenei, di valorizzare tecniche di tutela del bene giuridico mediante la «diffusione e la ottimizzazione di *sanzioni positive*», il cui aspetto prevalente è costituito dal venir meno del modello repressivo nella composizione del conflitto sociale⁶⁸.

La strada tracciata sembra andare nella direzione di una diversificazione delle risposte al reato e delle modalità sanzionatorie che, pur rimanendo interne al diritto penale (e a dispetto del nome di tale branca del diritto), sappiano rendere tangibile l'attuazione del principio di *extrema ratio*⁶⁹.

In che modo simili acquisizioni in tema di non punibilità sono utili nella riflessione sulle alternative al processo penale? Esse mostrano come sia possibile, e anzi come ciò già accada, rinunciare alla punitività dell'intervento *post-factum*, in nome di una migliore implementazione del principio di sussidiarietà. Perché ciò sia legittimo occorre che alla pena sia sostituita una diversa reazione, non afflittiva e tuttavia in grado di raggiungere almeno bene quanto la prima gli obiettivi di tutela dei beni giuridici, di garanzia dei diritti umani e di ricostruzione della fiducia e della pace sociale.

Alla pena quindi si può e, in un sistema incentrato sulla tutela della libertà personale che si traduce nel principio della sussidiarietà di ogni intervento atto a limitarla, si deve, rinunciare ogni qual volta gli obiettivi ultimi dell'ordinamento possano dirsi raggiunti attraverso strade diverse dalla pena stessa. Uno strumentario che sia capace di raggiungere gli scopi del sistema penale per vie diverse da quelle punitive è quanto fonda un'ipotesi di non punitività, ed è quanto renderebbe 'utile', razionale e legittima la costruzione di un'ipotesi di diversione.

prevaricazione. Ma altro è concepire tale risposta secondo modalità le quali, implicando oneri per il suo destinatario, risultino nondimeno significative, soprattutto in termini di integrazione sociale, anche per il medesimo, altro ritenere che la sanzione penale assolva ai suoi compiti per il fatto di costituire *purchessia* una sofferenza».

⁶⁷ Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1976, p. 533. Più specificamente sulle sanzioni positive, il riferimento è di nuovo a N. Bobbio, *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, Giuffrè, Milano, 1971.

⁶⁸ Cfr. C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., p. 1660.

⁶⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., p. 61, il quale più avanti conclude: «la garanzia dell'individuo dipende, piuttosto, dalla scelta circa il tipo di prevenzione che s'intende realizzare, riflettendo su ciò che *davvero* fa prevenzione, in modo conforme ai principi costituzionali», p. 77.

Resterebbe da chiedersi quale tipo di intervento possa dirsi realmente non punitivo e al contempo capace di realizzare gli obiettivi del sistema della giustizia, per come delineati. Prima di proseguire la ricerca in tale direzione⁷⁰, occorre soffermarsi tuttavia brevemente sulla seconda condizione di legittimità intrinseca della diversione, già delineata, ovvero la rinuncia all'accertamento di responsabilità.

1.2. Rinuncia all'accertamento di responsabilità.

Il secondo fra gli enunciati su cui si fonda il garantismo in materia penale e che coinvolge il processo in una relazione di stretta necessità, si è visto, è il principio del *nulla culpa sine iudicio*. La pubblica dichiarazione di responsabilità penale in capo a una persona rispetto ad una determinata accusa può conseguire esclusivamente alla celebrazione di un giusto processo. In altre parole, non può essere dichiarata, nemmeno implicitamente, la colpevolezza dell'imputato se ciò non avviene all'esito di un procedimento corredato di tutte le garanzie che rendono la cognizione del giudice quanto più affidabile possibile⁷¹.

Ragionando ancora una volta *a contrario*, si ricava dal principio esposto la seconda condizione di legittimità intrinseca delle alternative al processo penale: esse, oltre a non poter implicare contenuti punitivi nella risposta al reato, non devono neppure condurre all'accertamento, neanche in forma implicita, della responsabilità dell'imputato⁷². In caso contrario risulterebbe infatti vanificata la portata garantista del principio *nulla culpa sine iudicio*.

Si tratta dunque, in questa fase, di ragionare non sul possibile contenuto delle alternative al processo, che si è detto dover essere di natura non punitiva, ma sulle modalità con cui formalizzare l'avvenuta della diversione. Dire che la diversione non può implicare la dichiarazione di colpevolezza significa, infatti, interrogarsi sul tipo di pronuncia che dovrebbe concludere la fase alternativa, e dunque sulla qualificazione giuridica che deve essere riservata all'istituto.

⁷⁰ È questo l'oggetto del § 2.

⁷¹ Cfr. cap. 3, § 3.

⁷² «Una volta esclusa la sanzione criminale, sembra una conseguenza stonata, rispetto alla presunzione d'innocenza, la sanzione "sociale" dell'attribuzione del fatto di reato nel *dictum* assolutorio», F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento – Radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 305. Tali parole sono in realtà riferite al proscioglimento per non punibilità di un fatto e mettono addirittura in discussione la legittimità di una pronuncia che, *all'esito del giudizio*, dichiara la non punibilità di un fatto. Tanto più risultano allora vere se riferite a pronunce emesse in assenza di giudizio.

In fase di indagini, dunque prima dell'esercizio dell'azione penale, l'assenza di ogni giudizio di colpevolezza può facilmente essere assicurato con lo strumento dell'archiviazione, che nulla dice sul merito della vicenda⁷³ e che dunque si presta a chiudere un segmento processuale di tipo non cognitivo, quale è la diversione⁷⁴.

Nei casi in cui l'azione penale sia stata già esercitata, la questione risulta più complessa. La pronuncia che dichiara l'esito positivo del percorso di diversione potrebbe alternativamente risolversi in un'assoluzione o in una pronuncia che per sua natura lasci impregiudicata la questione di merito⁷⁵. La prima soluzione è praticabile, e difatti praticata, in quegli ordinamenti che non conoscono le formule di proscioglimento, basandosi la chiusura del processo sulla mera dicotomia condanna/assoluzione. In tali casi l'assoluzione è 'muta', nulla dice cioè sulle cause che l'hanno fondata e di conseguenza esprime solo l'assenza dei presupposti, tutti, per una condanna, senza di fatto entrare nel merito della vicenda. L'Italia invece conosce le formule di proscioglimento, le quali, esplicitando la causa che le giustifica, differenziano il grado di estraneità dall'accusa penale enunciandone le specifiche ragioni di merito⁷⁶.

La diversione, in quanto alternativa *al* processo, suppone propriamente la rinuncia all'esame della causa nel merito. Ne consegue l'impossibilità di decretarne la fine con una delle formule di proscioglimento che, supponendo l'avvenuto accertamento, danno conto del suo specifico risultato.

La circostanza impone una soluzione di tipo diverso: dire che la diversione non deve implicare un accertamento *di* responsabilità equivale di fatto a dire che la stessa non può implicare un accertamento *sulla* responsabilità in generale. La sentenza conclusiva dell'alternativa al processo non deve cioè dire nulla sul merito della causa.

A dispetto del contenuto non punitivo della diversione, che – si è visto – integra un elemento necessario della stessa, non è allora in termini di non punibilità che può essere

⁷³ Già sotto la vigenza del vecchio codice, pur con alcune voci dissenzienti che attribuivano carattere di giurisdizionalità e contenuti di merito al decreto di archiviazione, la dottrina maggioritaria riteneva che esso integrasse semplicemente il riconoscimento che non vi fosse «nulla da decidere», così G. FOSCHINI, *L'archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 124; sul punto, con riferimento al codice vigente, si veda la ricostruzione di F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 387 ss.

⁷⁴ La questione sarà toccata al cap. VI, là dove si immagineranno soluzioni concrete per la costruzione di ipotesi di diversione nel nostro ordinamento. Basti per ora constatare come già sotto questo punto di vista la fase delle indagini appaia il luogo privilegiato per la costruzione di alternative al processo.

⁷⁵ Ove la locuzione “pronuncia di merito” equivarrebbe alla “pronuncia sul dovere di punire”, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 330. Più ampiamente l'Autore identifica con il merito il «fatto addotto a fondamento della domanda ovvero la situazione giuridica sostanziale», Id., voce *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 667.

⁷⁶ Sulle ragioni che hanno condotto l'ordinamento italiano ad operare simile scelta, in prospettiva storica prima, e analitica rispetto alle funzioni poi, cfr. F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., *passim*, cui si devono in buona parte le riflessioni che seguono.

immaginato tale strumento. Quest'ultima infatti implica costitutivamente la sussistenza, e dunque l'accertamento, del reato completo di tutte le componenti necessarie ad integrarlo⁷⁷. Non è un caso se l'art. 129 c.p.p., a dispetto della rubrica che ne descrive il contenuto, non contempra il riferimento alle cause di non punibilità quale formula di proscioglimento idonea ad essere pronunciata anticipatamente⁷⁸. Ciò equivale a dire che «il proscioglimento motivato dalla non punibilità dell'imputato suppone l'esistenza e l'illiceità penale dell'avvenimento contestato»; risulta «impossibile quindi ricorrere a questa formula, prima d'aver risolto le altre due questioni»⁷⁹. Dichiarando non punibile un fatto, si presuppone la colpevolezza dell'imputato⁸⁰. Coerentemente il legislatore ha previsto come necessaria la celebrazione del giudizio nella sua interezza, onde assicurare all'imputato la possibilità di essere espulso dal circuito penale con una sentenza a lui più favorevole a seguito di un accertamento completo⁸¹.

È dunque radicalmente escluso che si possa impostare in termini di causa di esclusione della punibilità l'istituto della diversione, dal momento che questo implica *ex se* la rinuncia al processo penale come momento di accertamento, e deve dunque concludersi con una pronuncia che non affermi nemmeno implicitamente la colpevolezza dell'imputato, non essendo questa stata accertata⁸².

⁷⁷ Le cause di non punibilità sono infatti «quelle che hanno l'effetto di escludere la sola pena lasciando sussistere la illiceità del fatto e la colpevolezza del suo autore», G. PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 525; sul punto, seppure da una prospettiva diversa, si v. F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1967, pp. 592, che pure a fronte di una causa di esclusione della pena ritiene possibile «salvare» – diversamente da quanto accadrebbe in presenza di una condizione obiettiva di punibilità – «la qualificazione giuridica del fatto esentato da pena come illecito criminale».

⁷⁸ Cfr. E. MARZADURI, *Commento all'art. 530*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991, p. 513, che chiarisce come simile pronuncia non compaia tra le cause di immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* perché per essa occorre «attendere l'accertamento della sussistenza, della rilevanza penale e dell'attribuibilità all'imputato del fatto per cui si procede».

⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 698.

⁸⁰ Simile proscioglimento, infatti, cade sul reato e non sul processo; anzi, esso presuppone logicamente un fatto integrante gli estremi di un reato punibile, un possibile oggetto del fenomeno estintivo», F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 346.

⁸¹ Cfr. nuovamente F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., pp. 300 ss., specialmente p. 309, ove si ribadisce che «tale *dictum* presuppone l'accertamento positivo di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, al quale non segue la condanna per scelta espressa dell'ordinamento». La conseguenza è che «la formula risulta incompatibile con la regola istruttoria contenuta dall'art. 129, per cui il giudice deve dichiarare la causa di proscioglimento emersa dagli atti, senza indugiare in ulteriori accertamenti che possano condurre ad un esito più favorevole per l'imputato». Si v. sul punto, L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 82 ss.; E. MARZADURI, sub *art. 129*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, II, 1991, p. 117.

⁸² A conclusioni opposte era giunta la dottrina con riguardo alla classificazione delle clausole di irrilevanza del fatto. La questione era stata affrontata, e risolta in termini coerenti rispetto alla natura specifica di quello strumento, da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 160 ss. A prescindere dalle soluzioni poi concretamente adottate dal legislatore, della cui coerenza dogmatica è lecito dubitare (si vedano gli scritti di E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*

Il discorso è meno immediato con riguardo alle pronunce che dichiarano l'estinzione del reato. Si tratta di una formula che potrebbe essere, e difatti è stata, avanzata quale soluzione conclusiva della vicenda⁸³. Anche tale opzione tuttavia deve essere scartata. Malgrado il suo inquadramento in termini di proscioglimento per 'non doversi procedere' (art. 531 c.p.p.), essa costituisce un esito dal forte contenuto sostanziale, che non lascia affatto impregiudicato il merito della vicenda⁸⁴. «L'inquadramento del fenomeno estintivo, infatti, chiama in causa direttamente la decisione sulla *res iudicanda*» mentre «non esistono ostacoli al procedere, né divieti preclusivi del giudizio»⁸⁵. Cionondimeno tale formula è stata dal legislatore considerata e trattata alla stregua di una normale sentenza di improcedibilità tanto da essere contemplata, pur con qualche correttivo⁸⁶, fra le cause di proscioglimento immediato *ex art.* 129 c.p.p. La questione, problematica perché sembrerebbe ammettere la possibilità di un accertamento implicito di responsabilità in assenza di giudizio e dunque di garanzie, è stata ritenuta risolvibile ragionando in termini di 'accertamento in ipotesi'. In simile prospettiva, se la «logica vorrebbe che non si dichiarasse l'estinzione di ciò che si ignora se sia mai esistito», ciò diviene possibile assumendo il reato esistente solo 'in ipotesi'⁸⁷. Seguendo tale impostazione, poiché il reato, se anche esistesse, non risulterebbe in ogni caso punibile, non occorre nemmeno verificarne la sussistenza, accontentandosi di una sua supposizione meramente ipotetica⁸⁸.

(...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p., in *Arch. pen.*, 2015, p. 6; S. QUATTROCOLO, *L'altra faccia della medaglia, l'impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*, in *Criminalia*, 2016, pp. 232 ss.), tale circostanza conferma quanto sostenuto al cap. I, § 3.2. in merito alla radicale differenza tra i due istituti, ipotesi di diversione da un lato e clausole di irrilevanza del fatto dall'altro.

⁸³ Il riferimento è alla disciplina della messa alla prova per adulti, sulla quale, anche per questo aspetto specifico, si rimanda al cap. V.

⁸⁴ «Che sia una decisione sul tema sostanziale e cioè di merito, malgrado la formula del "non doversi procedere" risulta da due constatazioni: in primo luogo, il giudice non nega il processo, ma il dovere di punire, sia pure sul presupposto ipotetico che esista il reato del quale dichiara la estinzione; è inoltre prescritto il proscioglimento pieno ogniqualvolta, data una causa di estinzione del reato, risulti l'innocenza dell'imputato (art. 129 comma 2): ciò che non avverrebbe, se l'estinzione della punibilità si risolvesse in un semplice divieto di procedere, perché in tal caso dovrebbe essere escluso anche l'accertamento negativo del reato», così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit. p. 331.

⁸⁵ F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 330.

⁸⁶ Ci si riferisce al secondo comma dell'art. 129, che impone la preminenza delle cause di proscioglimento nel merito rispetto alla conclusione per estinzione del reato, cfr. sul punto E. MARZADURI, *sub art. 129*, cit., pp. 123 ss.

⁸⁷ Cfr. F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Cedam, Padova, 1966, p. 93.

⁸⁸ Altrove lo stesso Autore infatti ribadisce: «siamo di fronte a una decisione *in iure* e quindi di merito emessa su un presupposto ipotetico: il giudice dichiara che, se un reato esistesse, il dovere di punire sarebbe stato estinto». F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 331.

Simile impostazione tuttavia non convince⁸⁹. Essa non tiene in adeguata considerazione il peso sociale che una cripto-condanna, quale l'estinzione del reato rappresenta⁹⁰, ha nel tessuto comunitario che circonda l'imputato, e dunque la carica lesiva della sfera di libertà di quest'ultimo che simile pronuncia può comportare. Per quanto infatti possa essere chiaro al giurista il discorso su un accertamento che rimane solo ipotetico, e che dunque nulla dovrebbe dire su di un reato che non si sa se è stato effettivamente commesso, le parole di cui la sentenza si compone trasmettono un messaggio diverso e ben preciso: il reato è estinto, reato che per estinguersi deve necessariamente esservi stato. La collettività dunque trarrà le debite conclusioni, affatto irragionevoli, e l'imputato si troverà reo per tramite di una sentenza che non segue ad alcun accertamento e che tuttavia sancisce indirettamente, ma inequivocabilmente, la sua responsabilità penale⁹¹.

Se si vuole assicurare il rispetto, non nominalistico ma sostanziale, del principio secondo cui *nulla culpa sine iudicio*, anche costruire la diversione come uno strumento che comporti l'estinzione del reato risulta dunque una strada non praticabile.

Rimangono solo le sentenze di improcedibilità in senso proprio. Esse rilevano la mancanza di una condizione di procedibilità, ove «l'espressione 'condizioni di procedibilità' designa sinteticamente un complesso di fatti e atti il cui mancato verificarsi impedisce l'instaurazione del processo penale»⁹². Le condizioni di procedibilità vincolano la perseguibilità da parte del pubblico ministero di una determinata *notitia*

⁸⁹ Cfr. E. MARZADURI, sub *art. 531*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991, p. 533. Ci si allinea dunque alla posizione sostenuta con forza da F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., pp. 330 ss., il quale significativamente intitola il paragrafo dedicato al tema: «La dissimulazione del giudizio di merito nel "non doversi procedere" per estinzione del fatto» e secondo cui, in definitiva, «le cause di estinzione del reato, oggi intrappolate in un "non doversi procedere", meritavano invece di essere disciplinate nell'alveo dell'assoluzione», p. 346. Per i ragionamenti giustificativi di tale posizione e per una bibliografia completa anche con riguardo alle opinioni di segno contrario, si rimanda a quanto *ivi* esposto.

⁹⁰ Così è stata definita la sentenza conclusiva della messa alla prova, costituita propriamente da un proscioglimento per estinzione del reato, 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 *Cass. pen.*, 2012, p. 9.

⁹¹ Da qui scaturisce peraltro la questione circa la sussistenza di un interesse "morale" che fonda la possibilità di impugnare anche le sentenze di proscioglimento, secondo una prospettiva che valorizza «la necessità di tenere conto [...] dei riflessi pubblici generati dall'innescio del procedimento, dato che la carica infamante dell'accusa, se non adeguatamente neutralizzata, può provocare pregiudizi indelebili sulla vita dell'imputato», S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 200. Il tema è stato oggetto delle numerose pronunce della Corte costituzionale volte ad estendere la legittimazione all'appello avverso decisioni passibili di risultare dannose sotto un profilo «giuridico e morale», cfr. Corte cost., sentt. 25 marzo 1975, n. 70; 5 giugno 1978, n. 73; 16 luglio 1979, n. 72; 7 aprile 1981, n. 53; 21 luglio 1983, n. 224; 22 novembre 1985, n. 229, 16 maggio 1989, n. 249.

⁹² R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 43.

criminis al verificarsi in concreto di un evento richiesto dalla legge come necessario⁹³. In assenza delle stesse, ma lo stesso si deve dire nel caso si verifichi una causa che escluda la procedibilità⁹⁴, l'accertamento nel merito non solo non è dovuto, ma è radicalmente vietato⁹⁵. Ovvero «non si perfeziona la fattispecie (complessa a formazione successiva) a cui la legge riconnette il dovere giudiziale di emettere una decisione di merito, mentre [...] si integra una diversa fattispecie costitutiva del dovere di concludere il processo con una pronuncia a contenuto meramente processuale»⁹⁶. Ne consegue che il tema su cui verte il giudizio non viene nemmeno sfiorato⁹⁷, e il processo si avviluppa su se stesso, senza possibilità di proseguire oltre, alla presa d'atto della causa che impedisce – appunto – di procedere⁹⁸.

Non si può che concludere, aderendo alle posizioni esposte, che nel panorama del sistema italiano la sola pronuncia sulla procedibilità è idonea a lasciare impregiudicato il merito e quindi assicurare l'astensione da parte dell'ordinamento di qualsivoglia giudizio, esplicito o implicito, sul fatto di cui è accusato l'imputato⁹⁹.

⁹³ Cfr. A. GAITO, voce *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 814. Le condizioni di procedibilità si qualificherebbero come «estremi costitutivi della fattispecie procedimentale determinante il dovere di decidere il merito», O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 217.

⁹⁴ Tanto «il difetto di una condizione di procedibilità» quanto «la presenza di una causa d'improcedibilità» sono in grado di «incide[re] [...] sul dovere del giudice di statuire sul merito: non sorge, ove consti siffatto ostacolo, o viene meno, quando esso sopravvenga», F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 322.

⁹⁵ «Il più tipico degli effetti che consegue al mancato verificarsi di una condizione di procedibilità è quello di impedire l'accertamento di merito», R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 50. Ancora più lapidario O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., p. 191: «il giudice non tanto *non può* statuire sull'oggetto sostanziale del processo, quanto *non deve*». Nello stesso senso anche E. MARZADURI, sub *art. 529*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991, p. 503, e C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 169: «il difetto di una condizione di procedibilità determina un ostacolo insormontabile alla stessa celebrazione del processo», da cui discende che sia «esclusa qualsiasi valutazione del merito» e «preclusa tanto una condanna quanto un'assoluzione».

⁹⁶ Così, O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., p. 143.

⁹⁷ «L'unica cosa detta attorno a quel fatto [...] è che il giudice non può formulare attorno ad esso alcun giudizio né di verità storica, né di rilevanza giuridica [...] una volta appurata la sua natura di condizione necessaria al procedere, e non solo ad una dichiarazione di colpevolezza, dovrà semplicemente darne conto nel dispositivo», F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., 2014, p. 316.

⁹⁸ Cfr. F. CORDERO, voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Utet, Torino, 1964, p. 579. Cfr. anche O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., p. 123, che, come Cordero, parla di una «*absolutio ab instantia*»; in termini analoghi, R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit. p. 50.

⁹⁹ Non rilevano in questo caso le preoccupazioni evidenziate rispetto al fenomeno dell'estinzione del reato, non presupponendo l'accertamento sulla procedibilità alcun reato, nemmeno 'in ipotesi': «non sembra doversi far ricorso a simile espediente, quando a dover essere dichiarato in sentenza è solo un ostacolo a procedere. Qui non c'è bisogno di ipotizzare alcunché, poiché basta solo constatare il difetto del poterdovere di formulare un giudizio sull'imputazione. Il processo si deve chiudere con un'agnostica rinuncia ad esso», così F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit. pp. 336 s. Nello stesso senso R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit., p. 45: «È dunque il solo accertamento negativo delle condizioni di procedibilità che lascia impregiudicato il merito della questione»; esse «vanno cioè accertate allo scopo di stabilire se il processo debba o meno essere instaurato, ed è quindi logico che – in caso di accertamento negativo – la questione di merito resti impregiudicata». Negli stessi termini, F. BRICOLA, voce *Punibilità*, cit., p. 599.

La soluzione che appare dunque corretta affinché la diversione non si traduca in una dichiarazione di colpevolezza senza previo processo è dunque quella di inquadrarne l'operatività nell'ambito delle questioni relative al *procedere* del rito. Così se la prima condizione di legittimità della diversione, la non punitività dell'intervento, aveva condotto il ragionamento in merito alla conformazione contenutistica delle alternative al processo sul terreno delle cause di non punibilità in senso ampio¹⁰⁰, indagando la qualificazione della diversione ci si sposta ora sul più ristretto campo della non procedibilità¹⁰¹. Solo questa infatti – come si è detto – garantisce di lasciare impregiudicato il merito della causa, coerentemente con l'assenza di profili cognitivi che caratterizza le alternative al processo penale.

La possibilità in concreto di costruire la diversione come una causa di non procedibilità, e dunque la correttezza di tale opzione in termini dogmatici nonché con riguardo alle ricadute che un simile inquadramento comporterebbe in termini processuali, integrano questioni che si affronteranno più avanti¹⁰².

2. La proposta della giustizia riparativa.

2.1. Origini e normativa sovranazionale.

Un tentativo di rispondere al reato in ottemperanza agli obiettivi ultimi del sistema giustizia senza tuttavia riproporre la logica sempre uguale a se stessa del render male per male viene compiuto, oramai da alcuni decenni, dai sostenitori e dagli operatori della *restorative justice*¹⁰³. Con tale denominazione, in primissima approssimazione, si indica

¹⁰⁰ Nel senso specificato *supra*, accomunando istituti di natura sostanziale e processuale che hanno come conseguenza concreta l'infrangersi del legame – per le più diverse cause – tra fatto penalmente rilevante e possibilità che esso venga punito, cfr. nota 16.

¹⁰¹ Ciò non deve stupire, essendo stata da tempo riconosciuta la «sostanziale “contiguità” fra il fenomeno della punibilità e quello della procedibilità, fra i quali è arduo tracciare confini nitidi, fermo restando che la «necessità di distinguere le condizioni relative al dovere di punire da quelle relative al dovere di procedere è da tutti riconosciuta ed affermata», C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 160. Cfr. sul punto, R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit., p. 44.

¹⁰² Cfr. § 3.1.

¹⁰³ Il presente paragrafo si cimenta a presentare in poche righe un tema sul quale è maturata ormai una dottrina vastissima, internazionale e non. L'intento non è dunque quello di esaurire la tematica, ma solo di tracciarne i caratteri essenziali, necessari per il ragionamento complessivo che si intende proporre. Per una bibliografia esaustiva sulla giustizia riparativa, si rimanda invece a C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., pp. 99 ss. (alla quale peraltro si devono molte delle riflessioni qui esposte) e a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena – Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1161. In ambito monografico rimane centrale l'opera di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003. Tenta di dar conto dei «contorni particolarmente frastagliati che il paradigma *restorative* ha assunto» anche F. REGGIO, *La sfida della giustizia rigenerativa*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Il lascito di Atena, funzioni, strumenti ed*

un modello che, attraverso molteplici strumenti accomunati da alcune specifiche caratteristiche, tenta di rendere la norma penale un precetto da incontrare¹⁰⁴ e non una minaccia da fuggire¹⁰⁵. Può essere dunque utile, ai fini dell'individuazione delle condizioni di legittimità della diversione, uscire momentaneamente dal tracciato delle alternative al processo, per addentrarsi – sia pure per cenni – nel diverso mondo della *restorative justice*¹⁰⁶.

La giustizia riparativa nasce dalla constatazione che, nella maggioranza dei casi, il reato costituisce innanzitutto un'esperienza, un evento nel quale sono coinvolte più persone, con ruoli diversi, ma tutte toccate da un avvenimento di “immane”, e spesso sconvolgente, concretezza¹⁰⁷. Reo, vittima, famiglia e comunità che circondano l'uno e l'altra: tanti sono gli atomi di una molecola, il reato, cui si guarda innanzitutto come fatto complesso, composito, che necessita di una considerazione integrata¹⁰⁸.

In tale ottica, il reato, da offesa ad un bene giuridico cristallizzato nella norma, o mera «disubbidienza individuale al dettato della legge»¹⁰⁹, si palesa come rottura di una relazione interpersonale, vicenda dolorosa in cui sono coinvolte uomini e donne in carne

esiti della controversia giuridica, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 146 ss. Nella letteratura straniera, fra moltissimi lavori, basti il riferimento a due pietre miliari: J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002; M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001. Per un'incursione nelle traduzioni che di tale modello di giustizia sono state date in altri ordinamenti, cfr. D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1899; B. SPRICIGO, *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarietà*, ivi, p. 1923; L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di “Restorative Justice” in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, ivi, p. 1943; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, ivi, p. 1958; I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, ivi, 2015, p. 1982.

¹⁰⁴ Cfr. A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 713 ss.

¹⁰⁵ Cfr. C. MAZZUCATO, *Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro – Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015, p. 280.

¹⁰⁶ La giustizia riparativa nasce e si sviluppa indipendentemente dal discorso sulla diversione, e viceversa la giustizia riparativa non si propone necessariamente come alternativa al processo. Malgrado non siano mancate intersezioni e incroci, più o meno consapevoli, fra i due tipi di intervento (cfr. cap. II, §§ 1-2, ove si tratta di numerosi documenti sovranazionali in cui il piano della giustizia riparativa e quello delle alternative al processo si incontrano sovrapponendosi), si tratta di due paradigmi nati e sviluppatisi in autonomia. Una sinergia consapevole e – come si vedrà – obbligata è quanto si intende argomentare in seguito. Qui ci si limita a presentare il modello della giustizia riparativa a prescindere dalle connessioni con il processo penale o con le alternative ad esso, che dunque in queste righe scivolano in secondo piano.

¹⁰⁷ L'espressione è di G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina, Milano, 2000.

¹⁰⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 287 ss., mette in luce la dimensione «molecolare» dell'illecito penale, nella sua natura articolata e intersoggettiva, auspicando la conquista di una «visione integrata», che tenga insieme «unitariamente e dinamicamente» le varie «polarità» della molecola, ovvero «crimine, reo, vittima, agenzie di controllo, società». La costruzione di una «scienza penale integrata» era d'altronde già incoraggiata da F. V. LISZT, trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962.

¹⁰⁹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 68.

ed ossa¹¹⁰. Da qui l'esigenza di rispondere al reato lavorando sullo stesso piano concreto della relazione, attuando l'aspirazione del diritto a regolare e pacificare i rapporti interpersonali, invece che fossilizzarsi sulla tutela di astratti valori meta individuali¹¹¹.

In questo modo sono nate, non a caso, non una teoria o un paradigma concettuale, ma le prime *esperienze* di giustizia riparativa¹¹². Apripista sono stati gli ordinamenti anglosassoni di *common law* (Canada, Stati Uniti, Gran Bretagna), dotati di una maggiore «consapevolezza empirica»¹¹³ nell'approccio alla questione criminale.

La *restorative justice* nasce dunque in prima battuta da un'esigenza di maggiore «prossimità» della giustizia al sentire umano, o, più prosaicamente, ai cittadini. Decisiva la constatazione della inadeguatezza della giustizia penale classica nel rispondere alla domanda di giustizia che si erge a fronte della commissione di un'ingiustizia¹¹⁴. Le formule «solenni e distanti» delle sentenze dei tribunali¹¹⁵, il tecnicismo giuridico così lontano dai vissuti di chi è coinvolto nell'esperienza di un reato, la totale dimenticanza della sofferenza della vittima, lasciata perlopiù ai margini del processo e della vicenda penale in generale¹¹⁶, nonché la percezione dell'inadeguatezza e in certi casi

¹¹⁰ Un reato è evento che coinvolge l'«uomo vivo» e non l'«uomo disseccato», «in mezzo a molti fogli protocollati» di cui sembrano a volte occuparsi i processi. L'invito a non dimenticare l'umanità che si cela dietro ai fascicoli giudiziari è di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed, Giuffrè, Milano, 2003, p. 92; stesso monito era rinvenibile già in P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, pp. 63 ss. Cfr. anche C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 104: «il crimine è dunque simultaneamente un accadimento individuale, inter-personale, sociale e normativo, che, in ogni caso, interessa prima di tutto gli esseri umani e non i sistemi giuridici come tali, la cui unica ragione di esistere è semmai quella di proteggere, regolandola, la vita dei primi».

¹¹¹ Secondo F. REGGIO, *La sfida della giustizia rigenerativa*, cit., p. 135, una «“rivoluzione copernicana” [...] possibile solo a patto di abbandonare il modello antropologico individualistico emerso come dominante nel pensiero filosofico-politico moderno».

¹¹² «La *restorative justice* non ha, infatti, contribuito al 'discorso' sulla giustizia penale con l'ennesima teoria, con il 'nuovo' paradigma di turno [...] essa ha piuttosto introdotto precisamente ciò che – di indispensabile – pareva perduto nella riflessione scientifica e politica, vale a dire la sensibilità che deriva dalla condivisione dell'esperienza 'in presa diretta' di che cosa è un reato per chi lo compie, chi lo subisce, chi lo avvicina per essere membro della famiglia o della comunità del colpevole o dell'offeso», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 103.

¹¹³ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit. p. 101. Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 93 ss., mette in guardia gli operatori del diritto dell'Europa continentale dal pericolo di implementare una giustizia troppo astratta, lontana dal «peso dei dolori umani» e che non ha «riguardo per la persona», sottolineando che una siffatta giustizia «non può essere la giustizia di una democrazia».

¹¹⁴ L'invito ad «aprire gli occhi, una volta per tutte, sul fatto che il punire costituisce semplicemente qualcosa di anacronistico e risulta ormai incompatibile con la nostra società» è già di K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 105. F. REGGIO, *La sfida della giustizia rigenerativa*, cit., p. 129, parla esplicitamente di un «fallimento del modello moderno e contemporaneo di risposta al reato» che ha portato a un «crescente senso di sfiducia che [...] colpisce il sistema-giustizia sia nei presupposti teorici che nelle declinazioni pratiche». Di domanda di giustizia a fronte dell'esperienza dell'ingiustizia si occupa il già citato libretto, miniera di spunti e riflessioni che si svolgono in serrato dialogo: C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, cit., *passim*.

¹¹⁵ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 109.

¹¹⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 51, e F. REGGIO, *La sfida della giustizia rigenerativa*, cit., p. 129. E questo malgrado la possibilità offerta all'offeso da alcuni ordinamenti, tra cui anche quello italiano, di costituirsi parte civile del processo. Anche in quei contesti, infatti, resta del tutto irrilevante il vissuto della vittima, che può al più aspirare a un ristoro economico, con un meccanismo di

dell'umanità del momento esecutivo della pena carceraria, avevano reso urgente pensare a modalità nuove e differenti di dare risposta alla violazione del patto sociale costituita dalla commissione di un illecito.

È dunque la *relazione* la cifra che caratterizza la giustizia riparativa: se il reato è un evento che ha corpo tra persone, lo stesso deve avvenire con la risposta allo stesso, il che fa della giustizia riparativa una giustizia innanzitutto «relazionale»¹¹⁷. Solo attraverso un percorso relazionale è possibile restituire umanità alle persone, e non invece farne delle 'maschere' sulla 'scena' di un processo¹¹⁸.

Nei percorsi di giustizia riparativa – che per la loro estrema duttilità possono essere attuati in qualsiasi momento di una vicenda di rilevanza penale, prima, durante o all'esito di un procedimento, durante l'esecuzione della pena o anche in un momento ancora successivo – la vittima si vede assegnato un ruolo centrale, essendo lei il 'tu' cui si rivolge l'autore del fatto, o l'io' che interroga e interpella lo sguardo del perpetratore¹¹⁹. Non vi è infatti dialogo se non vi è pluralità di voci. E quella della vittima è la prima voce che, dopo la commissione di un fatto violento, chiede di essere ascoltata, è il primo volto che cerca riconoscimento nella sofferenza subita. Da questi bisogni, che la giustizia classica non soddisfa e non può soddisfare¹²⁰, è nato l'impulso a immaginare modi diversi di

'monetizzazione' del dolore che non lenisce tuttavia la sofferenza e non offre spazi di ascolto e di comprensione riguardo a quanto è accaduto, Cfr. A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit., pp. 719 ss.: «il risarcimento del danno potrebbe [...] da un lato privatizzare il conflitto scaturito dal reato, dall'altro monetizzare il dolore della vittima e, più ancora, la lesione del bene giuridico offeso (bene sempre anche di interesse della collettività). Ma allora, se da una parte il risarcimento diviene senz'altro un analgesico dell'*insopportabile*, dall'altra non fa altro che drammatizzare e riattualizzare il male, confinandolo nella forma monetaria».

¹¹⁷ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 59.

¹¹⁸ È di F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, p. 325 l'osservazione per cui «la dialettica dei conflitti elaborati ritualmente colloca della gente sulla scena: in un modello classico, due si affrontano e un terzo li studia; [...] Nessuno, coinvolto nell'*inlusio*, vi apporta tale e quale l'identità secondo cui vive fuori; il discorso legale astrae: chiunque vi cada finisce dissanguato in una figura. Si chiamano *personae* queste figure; [...] 'persona' significa maschera»; e più avanti, ancora: «Jhering rilevava come attore-convenuto, o accusatore-accusato, siano due maschere: gli individui in carne e ossa vi spariscono; tale travestimento nasconde quanto non serve al fatto scenico», p. 329. Con la giustizia riparativa, al contrario, «è l'umanità dell'avversario che si cerca di toccare e su questa si vuole influire, perché si è interessati prima di tutto a essa», C.M. MARTINI-G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, cit., p. 31.

¹¹⁹ «Vittima» è, stando alla definizione contenuta all'art. 1 della Direttiva 29/2012/UE, «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», nonché «un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». Praticamente identica è la definizione delle Nazioni Unite (ONU, *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, 1985): «'Victims' means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power».

¹²⁰ Il ruolo della persona offesa all'interno del processo penale è tema ampio, tornato alla ribalta a seguito della legislazione europea di tutela per le vittime e della riscoperta, nel panorama italiano, della questione vittimologica, a lungo lasciata ai margini della discussione scientifica. Per una disamina da un punto di

rispondere al fatto-reato, reazioni che fossero capaci di non escludere la domanda, di ascolto, di riconoscimento, ma anche di verità¹²¹, della persona offesa. Quest'ultima, e in ciò si dispiega la natura "umanistica" della giustizia riparativa, anela al rispetto «non tanto e non solo della regola, quanto dell'oggetto valoriale della medesima e, soprattutto, del soggetto che ne è titolare (l'essere umano)»¹²².

Gli strumenti messi a punto nel corso delle diverse esperienze nel solco della riparazione, anziché della punizione, del reato, sono numerosi e variegati. Essi puntano a garantire, in ogni situazione concreta, la possibilità di una via riparativa, anche là dove, ad esempio, manca la vittima, o questa non è reperibile o disponibile a un percorso dialogico. Fra tutti i programmi sviluppati, centrale rimane la mediazione penale, mezzo principe della *restorative justice*, che si fonda sull'incontro diretto fra reo e vittima, in un contesto protetto e garantito dalla presenza e dalla professionalità di mediatori esperti. Forme diversificate di mediazione si sono sviluppate per venire incontro alle particolari situazioni via via presentatesi; ciò avviene, ad esempio, con la mediazione atipica: essa si attua con mezzi diversi dall'incontro faccia a faccia, come scambi epistolari, qualora le parti non si sentano in grado di affrontare un incontro diretto ma desiderino ugualmente avere una forma di dialogo; vi è poi la mediazione aspecifica, che vede come partecipanti non i protagonisti del medesimo fatto-reato, ma un autore e una persona offesa coinvolti in fatti analoghi, questo qualora una delle parti in causa del conflitto non sia disponibile ad un dialogo e l'altra desideri invece confrontarsi con chi 'stava dall'altra parte' in un'esperienza simile alla propria. Strumenti diversi dalla mediazione, sempre improntati al dialogo e caratterizzati da una dimensione tipicamente relazionale, sono rappresentati dalle *Family Group Conferences*, che coinvolgono, soprattutto nel caso di reati commessi fra minori o comunque soggetti particolarmente fragili, anche le famiglie dei protagonisti; i *Victim Statement Impacts* permettono invece alla vittima di esternare il proprio vissuto

vista sostanziale, si v. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., *passim*. In ottica processuale, cfr. M.E. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789.

¹²¹ «La reclusione dei condannati non ci ha mai restituito nulla, non è mai stata di consolazione [...] contano di più le sentenze, l'impegno dello Stato a cercare la verità», così M. CALABRESI, *Spingendo la notte più in là. Storia della mia famiglia e di altre vittime del terrorismo*, Mondadori, Milano, 2007, p. 106. Il perché dell'importanza di un momento pubblico di verità, quand'anche questa fosse già conosciuta da tutti, viene spiegato da A. CERETTI, *Quale perdono è possibile donare? Riflessioni intorno alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione sudafricana*, in *Dignitas – Percorsi di carcere e di giustizia*, n. 6/2004, pp. 35-36: «perché allora questo bisogno di rendere esplicita la conoscenza? [...] la risposta sta nella differenza tra il concetto di conoscenza e quello di riconoscimento. Si ha riconoscimento quando la conoscenza viene ufficialmente sanzionata ed entra, sotto forma di discorso, nella sfera pubblica, del dibattito pubblico».

¹²² C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 141. La centralità della persona si riflette tuttavia in egual modo anche sull'autore del fatto, e difatti «la norma irradia la propria funzione civica includendo nella sfera di protezione offerta dal diritto anche il trasgressore il quale, al pari della vittima, può pretendere e ottenere – verso di sé – analogo rispetto», *ivi*.

e di vederlo conosciuto e riconosciuto in una dimensione collettiva¹²³; possono esservi poi altri tipi di esperienze corali con la specificità di vedere quali partecipanti più autori e più vittime che hanno conosciuto un comune contesto di violenza, talvolta contestualizzato in un preciso e peculiare momento storico¹²⁴.

A partire da queste esperienze, e dalla riflessione scientifica che via via ne ha accompagnato lo sviluppo, è stato possibile individuare alcuni fondamentali caratteri essenziali che contraddistinguono ciò che afferisce al paradigma della *restorative justice*. La successiva cristallizzazione nelle fonti normative di stampo internazionale ha permesso poi di fissare i pochi, ma indispensabili, punti caratterizzanti tali istituti. Gli organismi internazionali hanno individuato infatti quale “nocciolo duro” della giustizia riparativa la possibilità, offerta agli autori di reato e alle vittime ma anche alle persone loro vicine, di «partecipare attivamente, insieme, in modo libero» ad un confronto sugli effetti dell’illecito e sulle modalità più adeguate per risolvere il conflitto che vi si accompagna. Questo è quanto si evince dalla Risoluzione 12/2002 delle Nazioni Unite e dalla Raccomandazione 99(19) del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa¹²⁵.

Particolare attenzione viene data dalle fonti sovranazionali alla necessità che l’adesione al percorso di riparazione avvenga in modo libero e volontario. Il § 31 della Raccomandazione 99(19) ricorda: «agreements should be arrived at voluntarily by the parties». I *Basic Principles* dell’ONU, al § 13, ribadiscono la medesima necessità con ancora maggiore insistenza: «Neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative process or to accept restorative outcomes».

¹²³ Per una disamina generale degli strumenti di giustizia riparativa individuati in più ordinamenti, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 127 ss.

¹²⁴ Si pensi all’esperienza della Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione, in merito alla quale la letteratura è sconfinata. Per tutti, in lingua italiana, si v. A. CERETTI, *Quale perdono è possibile donare? Riflessioni intorno alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione sudafricana*, in *Dignitas – percorsi di carcere e di giustizia*, n. 6/2004, pp. 32 ss.; In Italia, il riferimento obbligato è all’esperienza – narrata coralmemente in G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell’incontro – Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015 – che ha visto confrontarsi in un lungo percorso di dialogo, tutt’ora in corso, vittime del terrorismo italiano ed ex appartenenti alla lotta armata.

¹²⁵ Cfr. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, Res. n. 12/2002: «Restorative process means any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative justice may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles». Dello stesso tenore la definizione contenuta nella Raccomandazione R. 99(19) del settembre 1999, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa e concernente la mediazione penale. Questa va riconosciuta in «any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)».

L'esito del programma realizzato, sempre stando a quanto delineato nei Principi Base delle Nazioni Unite al § 1.3, è costituito da un accordo di tipo riparatorio, che può sostanziarsi in una riparazione in senso stretto, materiale o simbolica, in una forma di restituzione, ma anche nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità, quale riparazione alla comunità. Il tutto avvenendo, senza dimenticare che le obbligazioni riparatorie devono in ogni caso essere proporzionate e ragionevoli¹²⁶, con il fine di «incontrare i bisogni individuali e collettivi e le responsabilità delle parti e ottenere la reintegrazione della vittima e del reo»¹²⁷.

2.2. Il mezzo: percorsi riparativi in luogo della pena.

La giustizia riparativa propone di rispondere al reato con qualcosa di diverso da una pena, ove per pena si deve intendere un trattamento deliberatamente afflittivo che esprime – attraverso una limitazione nei diritti del reo – un giudizio di riprovazione, e allo stesso tempo rimarca l'autorità e il potere sul singolo del soggetto puniente¹²⁸.

La natura non punitiva delle pratiche di riparazione è, alla luce di ciò, evincibile dalla stessa definizione che ne danno le Nazioni Unite, definizione che ha così il merito di marcare una chiara linea di differenziazione tra ciò che può dirsi giustizia riparativa e ciò che costituisce invece una misura penale: *partecipare attivamente, insieme, volontariamente*, alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale¹²⁹, ecco la cifra di un intervento di *restorative justice* che lo rendono qualcosa di 'altro' dalla pena. Quest'ultima, infatti, agisce esattamente all'opposto rispetto ai criteri indicati: essa viene subito passivamente, è sancita unilateralmente dal giudice, è eseguita coattivamente¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. ONU, *Basic principles*, cit., § 7. Nello stesso senso, l'art. 31 della Raccomandazione R. (99)19 del Consiglio d'Europa.

¹²⁷ ONU, *Basic principles*, cit., § 1.3: «Restorative outcome means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcome includes responses and programmes such as reparation, restitution, and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender».

¹²⁸ Così, M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., p. 23, che più estesamente afferma: «la nozione di 'pena' presenta alcune caratteristiche ineliminabili: ha natura afflittiva: produce *deficit* nei confronti del soggetto punito, nel senso che riduce i suoi diritti e/o il soddisfacimento dei suoi bisogni. Produce sofferenza intenzionalmente, esprimendo riprovazione e censura. Ha natura espressiva, esprimendo la pretesa di autorità di chi punisce in un contesto situazionale caratterizzato da una distribuzione diseguale del potere. Ha natura strategica, perché è finalizzata alla conservazione di determinati rapporti di potere. Solo la presenza di *tutti* questi attributi conferisce natura di penalità alla reazione sociale».

¹²⁹ Cfr. ancora le definizioni contenute nella Risoluzione R. 12/2002 delle Nazioni Unite e nella Raccomandazione R. 99(19) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

¹³⁰ «La pena – la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile dal legislatore – è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto agli altri settori dell'ordinamento», G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 5.

I fautori della *restorative justice*, nel proporre un modello differente rispetto all'approccio prettamente repressivo nella tutela dei beni giuridici, muovono una critica precisa nei confronti del sistema penale classico, fondato sulla logica della pena, ovvero la specularità nell'uso della violenza¹³¹ che lo stesso sistema vorrebbe prevenire e contenere¹³². Anche il processo penale inevitabilmente si informa al principio punitivo: luogo delle garanzie, rese necessarie dalla minaccia della pena, esso diviene anche il luogo della tutela – paradossale quanto necessaria – della non verità, della fuga dalla giustizia¹³³.

Il modello riparativo tenta di discostarsi da simile struttura e di costruire risposte al reato rinunciando alla specularità della sopraffazione e della degradazione¹³⁴.

Il primo punto caratterizzante un programma di giustizia riparativa è dato dalla *partecipazione attiva* delle persone coinvolte dal reato. Se «la pena si sconta in una mortifera passività, la riparazione delle conseguenze del reato, invece, si fa»¹³⁵.

La riparazione si sostanzia cioè in un *fare* dell'autore del reato a favore del bene leso, attraverso il quale attestare, in modo credibile ma anche consono alle sue concrete possibilità, il riconoscimento del fatto di aver commesso un abuso e la volontà per il futuro di rispettare il bene giuridico violato. In questa prospettiva la riparazione del danno risulta una strada sempre praticabile, perché va rapportata alle condizioni soggettive dell'autore e in ogni caso non coincide con il risarcimento oggettivo del danno, né lo

¹³¹ Intendendo per violenza qualsiasi forma di coercizione, sulla persona (pena detentiva o comunque limitativa della libertà) come sul patrimonio (pena pecuniaria).

¹³² «Con l'armamentario delle sue pene, via via inasprite dalle politiche repressive (eppure sempre incapaci di saziare la richiesta di sicurezza), il sistema sanzionatorio che usa intimidazione, gabbie, muri, ferri, blindi, braccialetti elettronici e manette ha ben poca somiglianza con i beni giuridici che i precetti penali vorrebbero proteggere [...] mentre assume fattezze prossime ai reati che mira ad impedire. [...] Neppure la tradizione giuridica dell'illuminismo è riuscita a sciogliere il nodo che stringe questo ramo – così importante e irrinunciabile – dell'ordinamento alla natura “atroce” delle pene che da sempre lo accompagnano; semmai quella tradizione di garanzie e di aperture alla dignità umana ha condotto (e non è poco) a contenere (idealmente) l'inflizione deliberata di una sofferenza al colpevole entro i limiti dettati dall'*extrema ratio*», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 131.

¹³³ «Ma il processo penale, finalizzato all'applicazione di una pena, ottiene l'effetto opposto: verità e responsabilità entrano in un insanabile conflitto con la libertà, perché il sistema non ha trovato altro collante per edificare la giustizia, che la repressione [...]. Si consuma così la più radicale distanza tra gli obiettivi (nobili) di un democratico sistema anti-crimine e i suoi risultati effettivi, in un vortice di violenza che replica se stessa, lasciando dietro il suo passaggio una società più repressa, mai una società migliore», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit. p. 139.

¹³⁴ Si è già detto che reagire al reato non deve significare necessariamente punirlo, e d'altra parte «la minaccia di una sanzione istituzionale che non appaia come degradante non è riconosciuta e non è nemmeno riconoscibile come pena», M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, p. 24.

¹³⁵ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 117, che più avanti specifica: «Con il dischiudersi di possibilità riparatorie si consente al reo di giocare ancora, di fronte alla compagine sociale, la carta nobilitante delle proprie capacità, conoscenze e competenze: gli si consente di – anzi: lo si sollecita a – mettere di nuovo in campo quelle risorse personali che la pena detentiva finisce, invece, per rinchiudere (insieme al corpo del condannato) dentro l'oscurità di una cella e la pena pecuniaria finisce, invece, per confondere con altre – non sempre meritorie – risorse economico-patrimoniali», p. 158.

implica necessariamente¹³⁶. Di fronte ai reati più gravi, per definizione ‘irreparabili’, può trattarsi di una forma di riparazione simbolica, una testimonianza fattiva di comprensione non formale del disvalore dell’atto compiuto¹³⁷. Importante è che sia un atto denso di significato, agli occhi della persona offesa e della comunità sociale, il che equivale a dire che da un lato deve trattarsi di un atto libero, dunque responsabile, e dall’altro deve costituire il momento finale di un percorso dialogico¹³⁸. La riparazione cioè «si fa per qualcuno: il gesto riparativo è il segno di un’avvenuta condivisione [...]. L’impegno riparativo presuppone un ‘volto’ cui essere ri-volto, all’interno di un singolare ‘scambio’ che somiglia più al ‘dono’ che all’accordo negoziale e nulla ha, invece, del compromesso»¹³⁹. Solo a queste condizioni può nascere il riconoscimento autentico del male commesso, della sofferenza subita dalla vittima, dell’importanza del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Un “fare” significativo dunque, quanto di più lontano dal “non fare” privo di senso in cui si sostanzia la pena, soprattutto detentiva, dove il carcere diviene il luogo della deresponsabilizzazione per eccellenza, dell’infantilizzazione assunta a sistema, poiché non si può fare niente e anche l’orario della doccia viene stabilito da altri¹⁴⁰.

La *restorative justice* si propone al contrario di promuovere «una politica criminale del fare, piuttosto che del subire», e questo perché, una volta commesso l’illecito penale, c’è sempre tanto “da fare”, e limitarsi a punire sarebbe «insieme terribile e inutile»¹⁴¹.

L’adoperarsi in prima persona costituisce attività assai più significativa, e per certi versi anche più impegnativa, rispetto alla situazione passiva di chi patisce una pena. Agire

¹³⁶ Così, L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relative alla competenza del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e nuove pene non detentive: effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Atti del Convegno di Trento, 22-23 febbraio 2002, Giuffrè, Milano, 2003 p. 71. In un’altra definizione, la riparazione è vista come «la condotta antagonistica finalizzata a scongiurare la lesione del bene giuridico o a reintegrarlo dopo l’avvenuta offesa», F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 345.

¹³⁷ Cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., pp. 117 s.: «al crescere della gravità del crimine, cresce la natura simbolica (non materiale) della riparazione la quale si sposta significativamente verso un gesto che vorrebbe ripristinare [...] una (pur gracile) fiducia inter-personale, decisiva per godere ancora di una qualche sicurezza».

¹³⁸ Non a caso si tratta degli altri due caratteri distintivi della *restorative justice* – insieme, liberamente – dei quali si dirà *infra*.

¹³⁹ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 118.

¹⁴⁰ Nitide e sconvolgenti le pagine, di storia vera, di E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015, pp. 94 ss.

¹⁴¹ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 156, che prosegue: «c’è ben altro che chiede di essere preso in considerazione: le esistenze ferite (della vittima e del reo) con le loro storie che non cominciano e non terminano con l’illecito, il bisogno di riconoscimento e di verità più impellente dell’istinto di vendetta, la domanda di fiducia che si leva per via di un mondo reso dal crimine più “inospitale”; volendo, vi è persino da non dimenticare la compartecipazione collettiva al male delle disuguaglianze, dell’egoismo e dell’indifferenza».

– sempre su base volontaria e all’esito di un percorso di incontro in cui è maturata la comprensione del disvalore sociale di quanto compiuto¹⁴² – permette all’autore di reato, non solo di rapportarsi ‘con le sue mani’ alle conseguenze e ai danni causati, ma, posto che il ‘prima’ del reato non è mai identicamente riproducibile, anche di dare il proprio contributo attraverso l’apporto di ‘qualcosa di nuovo’¹⁴³. Con l’azione della riparazione il reo ha modo di mostrare alla collettività di poter avere un volto diverso, e per certi versi opposto, da quello mostrato con il compimento del reato, e così ristabilire un’immagine positiva davanti agli altri e, cosa talvolta ancora più importante per intraprendere un serio cammino reintegrativo, davanti a se stesso.

La vittima, dal canto suo, non potrà che trovare ristoro da un’azione di segno contrario rispetto al male subito, soprattutto in ragione del fatto che essa non è frutto di un’imposizione, ma costituisce una libera scelta, espressione di riconoscimento della sofferenza causata e insieme impegno a che ciò che non doveva accadere non accada più. Anche l’‘analisi logica’ delle reazioni statali al reato può essere utile per cogliere la cifra delle differenze: soggetto del punire è infatti lo Stato, mentre ne è oggetto, con un punire che diviene un penare, la persona riconosciuta colpevole, la quale non fa che subire in una posizione di soggezione l’esercizio del potere dell’ordinamento. Al contrario, soggetto del riparare è l’autore del reato stesso, che può compiere un gesto di ristoro per la vittima e per la comunità. Nel paradigma ristorativo, in definitiva, l’ordinamento propone un percorso, ma sono le parti – reo e vittima, i rispettivi ambienti sociali se del caso – ad esserne i soli protagonisti, sull’assunto che occorre avere primariamente fiducia nella capacità di ciascuno di ascoltare, comprendere e cambiare¹⁴⁴. Il “terzo” che vi si accosta, mediatore o facilitatore, vive una terzietà ben diversa da quella del giudice, che si suole chiamare “equiprossimità”: egli accompagna un processo, lo semplifica, lo rende in un certo senso possibile, ma ha chiara consapevolezza di non dover avere alcuna

¹⁴² I tre parametri, partecipazione attiva, volontarietà, dialogo, sono ciascuno necessario ma nessuno sufficiente. Essi dunque sono difficilmente separabili l’uno dall’altro in quanto ognuno determina la possibilità e la qualità dell’altro. Il fare della riparazione, in particolare, non può prescindere dal consenso e non può che essere il frutto di un percorso dialogico, di un incontro – se possibile – tra sguardi.

¹⁴³ È Hannah Arendt a suggerire una lettura dell’azione umana intendendola come l’ingresso di un elemento di novità nel mondo. L’azione, (*archein*, ‘incominciare’, ‘condurre’) fa sì che «qualcosa di nuovo possa iniziare senza che possiamo prevederlo in base ad accadimenti precedenti», il che porta a un «carattere di sorpresa iniziale» che è «inerente a ogni cominciamento e a ogni origine. [...] Il fatto che l’uomo sia capace d’azione significa che da lui ci si può attendere l’inatteso, che è in grado di compiere ciò che è infinitamente improbabile», H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Bergamo, 2008, p. 129.

¹⁴⁴ Il presupposto fondamentale su cui poggiano la teoria e la pratica della giustizia riparativa, nelle parole di colei che ha ideato il modello umanistico di mediazione penale e l’ha diffuso in buona parte dei Paesi europei e non, Italia compresa, è la fiducia che «l’essere umano ha la capacità di trasformarsi: *non è condannato ad essere violento*, ad avere istinti distruttivi, ad essere privato della speranza di potersi controllare. Può uscire dalla confusione per ritrovare la propria libertà di azione costruttiva», J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, 2° ed., FrancoAngeli, Milano, 2003, p. 26.

influenza sulle persone coinvolte, sulle loro scelte, sulle direzioni che le vie della riparazione prenderanno. Il *potere*, la *potestà*, non più punitiva, è in mano alle parti¹⁴⁵. Si è parlato in proposito di un diritto “orizzontale”, che recupera il suo scopo primario di regolatore dei rapporti fra i consociati tramite un dialogo continuo e costruttivo, per cui «la visione della politica che è sottintesa non è quella del rapporto di esclusione e sopraffazione [...] ma quella inclusiva dell’integrazione attraverso l’intreccio di valori e pratiche comunicative»¹⁴⁶.

Si giunge così al secondo dei punti menzionati. Una modalità di lavoro “condivisiva”, che è espressa dal termine “*insieme*” utilizzato dalle Nazioni Unite¹⁴⁷, è ulteriore caratteristica specifica, imprescindibile, della giustizia riparativa.

Fino ad oggi il sistema penale ha perseguito un obiettivo perfettamente opposto. I luoghi del processo, come della reclusione, e più in generale tutta la macchina della giustizia si reggono sul tentativo di separare, recidere ogni collegamento fra reo, vittima e collettività. Tale «frattura» è riproposta in ogni segmento del percorso giudiziario¹⁴⁸. Al contrario, la giustizia riparativa tende ad unire, a far incontrare, a rendere possibile un dialogo, interrotto dal reato. L’obiettivo è che i suoi protagonisti riescano, «se non a riappacificarsi, a riconoscersi come membri della medesima comunità»¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Con ciò segnando la netta differenza da quanto indicato da Pavarini nel descrivere la «natura espressiva» della pena quale prova di forza dell’ordinamento, che ristabilisce «la distribuzione diseguale del potere», cfr. nota 127; e difatti si dice che «i passaggi del ‘*proceeding* riparativo’ rimangono nella disponibilità delle parti [...]: non appartengono né alle possibilità dello Stato-istituzione, né alla sua capacità predittiva, l’*an* e il *quomodo* della soluzione del conflitto», C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2006, Giuffrè, Milano, 2007, p. 114.

¹⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 2° ed., Einaudi, Torino, 1992, pp. 11 s.

¹⁴⁷ Cfr. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, Res. n. 12/2002, nel testo riportato alla nota 124.

¹⁴⁸ Cfr. MAZZUCATO C., *Appunti*, cit., p. 105: «dal posto ‘fisico’ assegnato agli uni e agli altri nell’aula processuale, alla natura della sentenza stessa che rigidamente decide di condanne o assoluzioni (dividendo con nettezza colpevoli e innocenti, senza lasciare spazio, quindi, a realistiche sfumature), giù fino alla pena configurata (e applicata) come segregazione cui verrebbe assegnato il compito di tutelare la vittima e i consociati, proprio grazie alla separazione materiale, morale e giuridica del colpevole dal resto del consesso umano». Il tema è centrale nel pensiero di L. EUSEBI, in particolare si v. ID., *La pena” in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena* Morcelliana, Brescia, 1990, *passim*, e, più di recente, ID., *Dibattiti sulla teoria della pena e “mediazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 813; ID., *Quale prevenzione dei reati? Abbandonare il paradigma della ritorsione e la centralità della pena detentiva*, in M.L. DE NATALE (a cura di), *Pedagogisti per la giustizia*, Vita&Pensiero, Milano, 2004, p. 64.

¹⁴⁹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 66. Per R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno di Urbino, 22-23 settembre 2005, Giuffrè, Milano, p. 170, «c’è qualcosa di pre-moderno in questa rivalutazione dello spirito comunitario. Intesa come *Gemeinschaft*, vale a dire come insieme di persone legate da valori culturali, etici e religiosi, la comunità riconquista in parte quel rilievo che le era proprio anticamente, prima che il Principe si impadronisse della giustizia, facendone un’espressione della sua sovranità e, al contempo, uno strumento di dominio dei sudditi. La comunità ridiventa la sede più adatta per affrontare quei conflitti interpersonali che ne turbano l’esistenza, ponendo ad essi fine con modalità atte a rafforzare i legami fra i propri membri».

La dimensione dialogica e relazionale di un programma di giustizia riparativa, nella mediazione in particolare, si risolve nella presenza simultanea e nell'incontro, in un contesto protetto e diverso dai luoghi della giustizia classica, nel quale «potersi confrontare su quel che conta (anche soggettivamente e sul piano esistenziale) fuori da schemi imposti dall'esterno». Simile approccio permette di far emergere i risvolti più nascosti, anche alle parti stesse, di quanto accaduto con il reato e rende possibile una lettura dei fatti che si avvicina molto a «ciò che potremmo persino chiamare la 'verità' di quell'episodio»¹⁵⁰. Si tratta della verità personale, conosciuta solo da chi è coinvolto in prima persona nella vicenda, una verità che “oltre-passa” il fatto di reato che il procedimento penale mira ad accertare, per lasciare spazio a quei dettagli insignificanti per la macchina della giustizia, ma molto significativi per le persone coinvolte, in particolare per chi ha subito il reato¹⁵¹. La verità personale può poi comprendere vissuti intimi, affetti negati, percorsi umani che certo non giustificano, ma possono in parte spiegare il perché di un male perpetrato.

La dimensione dialogica della giustizia riparativa è poi orientata a soddisfare la necessità di 'dire' la propria sofferenza direttamente a chi l'ha causata, vedere ascoltato il proprio vissuto proprio da chi ne è stato l'artefice, di narrare e spiegare la «terribile sensazione di essere “superflui”, invisibili e fungibili e di contare meno delle cose»¹⁵², in questo racconto permettere al reo di capire realmente ciò che ha fatto in un percorso, questo sì, di riconoscimento della propria responsabilità. Senza considerare l'esigenza spesso sentita nella vittima, ma anche nell'autore di reato e talvolta nella collettività tutta, di trovare risposta a domande cui solo “chi c'era” può rispondere¹⁵³.

Tutto questo è possibile esclusivamente nell'ambito di una complementarità di sguardi e vissuti, pur tenendo ben presente che i programmi di giustizia riparativa non si

¹⁵⁰ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 107, che spiega: «Si tratta di una verità che si (ri)scrive necessariamente in modo corale in quanto in sé composita e plurima poiché fatta di azioni e reazioni, storie, vissuti e sentimenti di più persone».

¹⁵¹ Può trattarsi di una spilla da balia, un anellino d'oro legato a un ricordo particolare, o di una macchinina che ha acquisito un significato noto solo alle persone coinvolte, come narra M. CALABRESI, *Spingendo la notte più in là*, cit., pp. 57 s.

¹⁵² C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 116.

¹⁵³ Si è detto d'altronde, con una consonanza impressionante con i temi del confronto dialogico e della riparazione che le vie della *restorative justice* propongono, che «discorso e azione rivelano questa unicità nella distinzione. Mediante essi, gli uomini si distinguono anziché essere meramente distinti; discorso e azione sono le modalità in cui gli esseri umani appaiono gli uni gli altri non come oggetti fisici ma *in quanto* uomini [...] un'iniziativa da cui nessun essere umano può astenersi senza perdere la sua umanità», H. ARENDT, *Vita Activa*, cit. p. 128.

traducono in percorsi improntati a irrazionale emotività, nel senso deteriore del termine, bensì in momenti di serio confronto, guidato da esperti indipendenti e imparziali¹⁵⁴.

Ultimo, ma non certo meno importante tra gli elementi caratterizzanti ogni programma di tipo riparativo, è la volontarietà, libera e permanente, nella partecipazione.

Il tema del consenso sarà oggetto di autonoma analisi più avanti¹⁵⁵. Qui interessa sottolineare come la dimensione consensuale costituisca un ultimo indice, non sufficiente, ma sicuramente necessario, di differenziazione tra pena e programma riparativo. È solo su base consensuale infatti che può iniziarsi un percorso di *restorative justice*, è solo con il consenso delle persone coinvolte che può avvenire quell'incontro di 'volti' che costituisce il terreno da cui può nascere una riparazione autentica. E sempre su base consensuale le parti giungono a definire un accordo riparativo. La presenza del consenso è dunque realmente «pervasiva»¹⁵⁶, e condiziona il dispiegarsi dei due momenti successivi, confronto e riparazione. La pena, al contrario, è 'inflitta', oggetto di coartazione¹⁵⁷. Emerge ancora una volta la radicale differenziazione fra i due paradigmi, repressivo, anche se in chiave rieducativa, da un lato, 'dialogico-consensuale' dall'altro, nel quale il consenso gioca un ruolo chiave per «innescare dinamiche motivazionali a sostegno di libere scelte conformi (dinamiche quanto mai lontane – si badi – dal moralistico rinforzo alla coscienza che deriverebbe dall'applicazione della pena)»¹⁵⁸.

Pena e riparazione potrebbero avere contenuto identico: si pensi all'ipotesi dei lavori di pubblica utilità. Ciò che segna l'appartenenza all'una o all'altra categoria è dato dal *modo* con cui vi si arriva. È il percorso compiuto – la reale partecipazione nel gestire il *post-factum*, la qualità del dialogo, la volontarietà garantita in modo serio ed espressione di rispetto per la libertà dei singoli – ad essere determinante per escludere la natura

¹⁵⁴ L'appunto è ancora di C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., pp. 114-116, la quale, traendo spunto dalla personale esperienza di mediatrice, conclude: «le esperienze indicibili di cui stiamo parlando paiono aver bisogno di essere comunicate a chi più di tutti può capire fino in fondo, perché c'era: la controparte. Il reo, la vittima e i loro familiari, e persino la collettività se il reato ha un impatto collettivo importante, sentono la necessità di comunicare la propria esperienza attraverso una condivisione».

¹⁵⁵ Cfr. cap. V.

¹⁵⁶ Così A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 677, con una espressione che tuttavia ben si presta ad essere utilizzata con riferimento a quanto qui esposto.

¹⁵⁷ Cfr. ancora M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit. pp. 23 ss.

¹⁵⁸ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 134. L'Autrice individua in particolare, all'interno dei modelli repressivi, «la retribuzione, la neo-retribuzione, la deterrenza e la neutralizzazione, cioè le vecchie teorie assolute e le componenti 'negative' della prevenzione generale e speciale», precisando che ritiene doversi associare «a tali componenti 'repressive' anche l'idea – nota come prevenzione generale 'positiva' – che vuole affidare alla pena un'«azione pedagogica» sulla società». Rispetto a quest'ultimo modello la giustizia riparativa si pone ancora quale alternativa di tenore opposto, in quanto «non ne condivide la dimensione punitiva e il tenore eticizzante».

punitiva di un atto che si definisce riparatorio. Non è il *cosa* si fa, ma il *come* si è arrivati a farlo.

L'approccio "umanistico" qui prospettato non deve tuttavia indurre a pensare alla costruzione di un «sistema penale ispirato a caritatevole buonismo, ove le pene sono contenute e i giudici comprensivi»¹⁵⁹. L'impegno che viene richiesto nell'ambito della giustizia riparativa è ben pregnante e faticoso, e non avrebbe senso parlare di maggiore o minore severità¹⁶⁰. Ciò che i fautori della *restorative justice* consegnano al ragionamento del penalista è piuttosto «lo stimolo a un cambiamento di rotta» che «riguarda soprattutto il sistema sanzionatorio e, più ampiamente, il nesso tradizionale tra il diritto penale e l'idea del punire»¹⁶¹.

2.3. *I fini: un orizzonte teleologico comune.*

Non basta, affinché la giustizia riparativa possa essere proposta come strumento di reazione idoneo a dare forma alle alternative al processo, l'assenza di ogni profilo punitivo. Occorre che l'orizzonte teleologico dalla stessa, gli scopi perseguiti e perseguibili per mezzo di percorsi diversi dalla pena, coincidano, realizzino e non siano contraddittori con quelli che si prefigge il sistema penale nel suo complesso¹⁶². In caso contrario non sarebbe infatti giustificabile, e costituirebbe una vera e propria 'aporia'¹⁶³, la rinuncia allo strumento che il sistema ha scelto per il raggiungimento dei suoi fini¹⁶⁴.

A tal riguardo, la giustizia riparativa offre un percorso che fa a meno del momento punitivo, ma non intende con ciò delegittimare il senso e la validità del sistema penale. Al contrario vuole dialogare con esso, arricchendolo di contenuti e possibilità. Non si

¹⁵⁹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 57.

¹⁶⁰ Cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, 1999, pp. 35 s.

¹⁶¹ «La lezione fondamentale sta tutta qui: nella visione di un diritto dei crimini (*rectius*: di un diritto dei precetti per prevenire i crimini), prima che di un diritto delle pene», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., pp. 131 ss.; ciò, per legarci a quanto detto nei §§ precedenti, a fronte di una tradizionale «visione del reato come fatto necessariamente punibile [...], sul quale incombeva la minaccia plumbea ma 'giusta' della sanzione retributiva, e che rendeva inconcepibile una definizione di reato separata dalla punibilità», M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 410.

¹⁶² «Il dibattito sulla tipologia delle sanzioni non è separabile da quello sui fini della pena ed anzi presenta con quest'ultimo tali e tante interconnessioni che la costruzione di *specie, durata e meccanismi di sostituibilità* delle sanzioni viene fatta in ragione, ed anzi a partire, dagli *obiettivi* del sistema penale», G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, cit., p. 1131.

¹⁶³ In questi termini C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 116, che dice: «l'aporia più ardua radica qui: il disvalore del fatto, che è tradizionalmente bilanciato dal disvalore della sanzione penale (senza dubbio anch'essa un bene negativo per la collettività), può essere davvero esausto, alternativamente, dallo svolgimento di attività riparative [...]?».

¹⁶⁴ Cfr. sentenza Corte cost. citata al § 1, nota 48.

pone cioè come radicale alternativa incompatibile con il modello classico di giustizia, ma propone una comunicazione, un intreccio fecondo ai fini di una realistica compenetrazione dei due approcci¹⁶⁵, immettendo nel sistema attuale percorsi ulteriori e diversi e perseguendo una integrazione equilibrata e ragionevole¹⁶⁶.

Simile intreccio di prospettive, seppur faticoso perché implica un ridisegno delle strutture e dei meccanismi della giustizia formale, è reso possibile dal fondamento e dall'orizzonte finalistico che lega entrambi i modi di rispondere al reato: la tutela dei beni giuridici che la norma incriminatrice protegge e, a ben guardare, la tutela della dignità stessa dell'uomo¹⁶⁷.

È propriamente per una maggiore tutela dei beni giuridici più importanti che la giustizia riparativa invita a dare massimo spazio ai *precetti* contenuti nelle norme incriminatrici, lasciando in secondo piano *la pena*. Sono i precetti infatti ad avere la maggior capacità comunicativa¹⁶⁸, il miglior potenziale di comprensione e di appropriazione consensuale; essi risultano calabili nella realtà fattuale di ognuno, costituendo entità reali «capaci di essere offese nel singolo caso concreto»¹⁶⁹. Un diritto che sia meno *penale* e più incentrato sui precetti, con la possibilità di discutere e interrogarsi sui beni – e dunque sui valori – tutelati¹⁷⁰, incentiva un dialogo che la pena

¹⁶⁵ Si tratta cioè di «un modello autonomo di giustizia, che può interagire con il diritto penale proprio entrando in esso», C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 140.

¹⁶⁶ Di particolare rilievo, in questo senso, la teoria della *responsive regulation*, di John Braithwaite, che propone un modello dinamico alla ricerca di un giusto equilibrio tra strumenti positivi e sanzioni negative. Si v., tra i numerosi scritti, J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, cit., *passim*. Una proposta all'insegna della integrazione tra diritto penale e giustizia riparativa è contenuta anche in F. Giunta, *Oltre la logica della punizione*, cit., pp. 353 ss. Sul tema dell'integrazione tra modello classico di reazione al fatto-reato e sistemi alternativi qualcosa di più si dirà al cap. VI, in particolare § 2.1.

¹⁶⁷ «Le novità dischiuse dall'esperienza della mediazione reo-vittima e dagli altri programmi riparativi si pongono sorprendentemente in linea con i principi più alti della migliore tradizione giuridica, e anzi, li estendono reclamando un rinnovamento che fa tesoro degli ideali disegnati dalla Carta e dalla giurisprudenza costituzionali, nonché dei nobili conseguimenti di certa dottrina», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 131.

¹⁶⁸ La necessità di sviluppare un'«idea comunicativa» del diritto penale è tematizzata da K. LÜDERSSEN, trad it., *Il declino del diritto penale*, cit., p. 24.

¹⁶⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 434 ss. Sul significato del principio d'offensività quale snodo che costringe la norma astratta a calarsi necessariamente ad incontrare la realtà, individuando beni oggetto di tutela che siano «afferrabili», cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 143 ss.

¹⁷⁰ Il tema è ampiamente trattato da A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit., pp. 713 ss.

finisce invece per interdire¹⁷¹. Il dialogo rende possibile un'adesione volontaria a quei precetti, il che realizza la più solida forma di prevenzione dei reati¹⁷².

Quanto tale prospettiva si realizzi nella concretezza dell'esperienza è cosa che non deve essere indagata in questa sede e per la quale si lascia la parola alle branche della scienza deputate a verificare l'aderenza di simili teorizzazioni alla realtà. Non mancano tuttavia studi empirici che dimostrano, già da tempo, la maggiore efficacia ai fini della conformazione alla legge della parte precettiva della norma penale, prima e più di quella sanzionatoria¹⁷³. Questo a patto che sia riconoscibile il contenuto, il senso della regola, il valore che intende proteggere¹⁷⁴. La giustizia riparativa aspira dunque a garantire «risvolti pratici in termini di sicurezza, se – come ci rivelano le ricerche criminologiche e sociali – le dinamiche consensuali-volontarie di rispetto delle norme hanno un peso decisamente maggiore nella riduzione dei tassi di criminalità e degli indici di recidiva che non la deterrenza e la neutralizzazione»¹⁷⁵.

Se da un lato i fautori della *restorative justice* ritengono di poter concorrere con il diritto penale punitivo nel garantire il raggiungimento di obiettivi di prevenzione dei crimini e così di creazione della sicurezza e della fiducia sociale, non mancano di additare orizzonti ulteriori rispetto a quanto viene normalmente perseguito dai modelli classici di giustizia. In una sorta di 'tassonomia' della giustizia riparativa, si sommano obiettivi

¹⁷¹ «Il diritto penale *precettivo* [...] mira proprio a raccogliere, a beneficio di tutti, gli sgradevoli frutti di pregresse esperienze di ingiustizia altrui, riconoscendo in modo pubblico e autorevole che esse non hanno da ripetersi. Per fare ciò non servono le pene, le quali piuttosto 'fanno accadere' al reo all'incirca ciò che 'non avrebbe dovuto accadere' alla vittima. Né le pene rafforzano il precetto, giacché rendendo di fatto male per male [...] di quest'ultimo smentiscono, incoerentemente, proprio la dimensione di tutela», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 138.

¹⁷² «Da parte sua la *restorative justice* consente un incontro drammatico, ma diretto, precisamente con l'oggetto di tutela del diritto penale e con il soggetto – la persona umana – cui tale tutela è destinata [...]. Proprio perché simile incontro e il lavoro dialogico sulle norme che vi si conduce sono un'esperienza cui è difficile restare indifferenti, la giustizia riparativa finisce per essere uno strumento di prevenzione dei reati», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 142. Si veda, anche per i riferimenti bibliografici, il ricchissimo lavoro della stessa Autrice, C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2006, e il precedente ID., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo*, cit., pp. 63 ss. Si veda infine, per una condensazione di un pensiero sviluppato più ampiamente in altri lavori, L. EUSEBI, *Quale prevenzione dei reati? Abbandonare il paradigma della ritorsione*, cit., pp. 64 ss.

¹⁷³ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 131 (e Autori ivi richiamati), nonché, fra gli altri, R. CONTE, *L'obbedienza intelligente. Come e perché si rispettano le norme*, Laterza, Roma-Bari, 1997, *passim*; in chiave socio-pedagogica, cfr. il saggio di I. MARCHETTI, *Il senso del punire al cospetto della trasgressione: una riflessione sulla 'debolezza' della forza e sull'efficacia del consenso*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo' – Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, pp. 139 ss.

¹⁷⁴ Sul punto si v., anche per i ricchi riferimenti alle ricerche empiriche, J. BRAITHWAITE, *Restorative justice and Responsive Regulation*, cit., *passim* e, in particolare, pp. 90 ss., 103 ss.

¹⁷⁵ Così, C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 142. Per una approfondita bibliografia a sostegno delle tesi sostenute, cfr. C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo' – Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, pp. 63 ss.

coincidenti e obiettivi eccedenti il diritto penale: il riconoscimento della vittima, la riparazione dell'offesa «nella sua dimensione globale», l'autoresponsabilizzazione del reo, il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione, così come il rafforzamento degli *standard* morali e il contenimento dell'allarme sociale¹⁷⁶.

In questo modo la giustizia riparativa può proporsi come valido modello di gestione della conflittualità che rinuncia alla pena mirando allo stesso tempo ai risultati attesi dalla società e perseguiti dall'ordinamento.

3. *La diversione come contenitore, la giustizia riparativa come contenuto.*

Si giunge così al cuore della tesi che si intende sostenere. Da un lato, si è detto, la legittimità di un'alternativa al processo è subordinata alla rinuncia al momento punitivo quale strumento di reazione al fatto. Né durante lo svolgimento né all'esito del percorso di diversione possono essere previsti contenuti assimilabili a una pena, e ciò in ossequio al principio del *nulla poena sine iudicio*; al contempo, a giustificare l'abbandono della risposta punitiva, la reazione al reato deve essere tale da garantire il raggiungimento, per vie diverse, di quei compiti che l'ordinamento si prefigge e che tradizionalmente aveva affidato esclusivamente alla pena.

Dall'altro lato, la giustizia riparativa propone di gestire la conflittualità espressa dalla commissione di un reato con programmi di tipo non punitivo, ottemperando comunque alle finalità di prevenzione generale e speciale, oltre che al soddisfacimento delle esigenze della vittima. Essa costituisce la via più autorevole, emersa fino ad oggi, che si direbbe in grado fornire una reazione ai reati diversa dalla pena ottenendo uguali se non migliori risultati in termini di ricostruzione del patto sociale leso e di soddisfazione dei bisogni della persona offesa.

Deriva da tutto ciò una conclusione semplice: la diversione, per dirsi legittima rispetto al suo contenuto, deve ospitare la realizzazione di programmi di giustizia riparativa. Solo in questo modo essa può dirsi legittimamente fondata. Se infatti il processo è e rimane

¹⁷⁶ Cfr. A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative alle controversie*, Guerini, Milano, 2001, pp. 311 s. Tutto questo nella consapevolezza, espressa dall'art. 27 comma 3 Cost. in merito alla pena ma estendibile a qualsiasi tipo di risposta al reato, di poter solo 'tendere' agli obiettivi di rieducazione e di reinserimento, così come di pacificazione sociale. La non meccanicità e l'incertezza dei risultati sono elementi «insiti nella volontarietà dell'agire dell'uomo». Dunque anche la giustizia riparativa deve fare i conti con la «non automaticità del successo», L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 287.

uno strumento necessario e imprescindibile ai fini dell'applicazione della pena, il venir meno della prospettiva repressiva permette di fare a meno dello strumento processuale classico, che può così, in un certo senso, 'autodistruggersi'¹⁷⁷. Si potrebbe quasi dire che il processo "sta" alla pena come la diversione "sta" alla giustizia riparativa¹⁷⁸. Eccoci arrivati al punto in cui diversione e giustizia riparativa si incontrano, si *devono* incontrare.

L'impegno, in luogo della pena, porterebbe un «concetto politico criminale dirompente» capace, per l'appunto, di «cambiare le logiche processuali»¹⁷⁹. Questo implica però uno connubio tra *restorative justice* e diversione, unica via atta a permettere un legittimo ingresso di quest'ultima nelle maglie del garantismo penale: alternativa al processo non può infatti significare pena senza processo¹⁸⁰.

La giustizia riparativa, per le caratteristiche che le sono proprie e che sono state descritte, è in definitiva l'unico contenuto in grado di riempire fondatamente il contenitore di per sé vuoto delle alternative al processo, almeno fintanto che non saranno individuati altri modelli di giustizia capaci di rinunciare alla pena e allo stesso tempo perseguire efficacemente gli obiettivi di contrasto alla criminalità¹⁸¹. È dunque necessario che il legislatore, nel costruire qualsivoglia forma di diversione¹⁸², sia consapevole del

¹⁷⁷ L'espressione è di C. CESARI, *Le clause di irrilevanza*, cit., p. 67: «non si esclude che il processo possa addirittura "autodistruggersi", chiudendosi anticipatamente quando ciò risulti più opportuno alla luce del tipo di illecito verificatosi o delle soluzioni spontaneamente scaturite dalle dinamiche psicologiche o sociali attivate tra i protagonisti». Tanto nel caso di una rilevata inadeguatezza originaria e strutturale a gestire l'evento-reato da parte del sistema formale della giustizia, quanto nel caso di una superfluità a posteriori, derivata da riuscite strategie di mediazione o riparazione, «il rito può conoscere meccanismi che lo chiudano anticipatamente rispetto alle proprie cadenze fisiologiche, con un isterilimento indipendente 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».

¹⁷⁸ Senza con ciò voler limitare il raggio d'azione di quest'ultima al solo momento processuale, ben potendo essa agire lungo tutti i livelli della risposta istituzionale al reato. Teme invece uno scenario di questo tipo chi auspica un maggiore coinvolgimento degli strumenti riparativi anche nella fase dell'esecuzione penale, si v. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, cit., p. 1131: «si cercherà di analizzare se la giustizia riparativa [...] possa 'dialogare' con il tradizionale apparato sanzionatorio e commisurativo della giustizia penale anziché essere riduttivamente confinata tra le strategie di *diversion* processuale». Non si vede tuttavia perché l'una strada debba escludere l'altra, ben potendosi immaginare integrazioni tra diritto penale e processuale classico e paradigma ristorativo ai diversi livelli di attuazione della giustizia. Né d'altra parte sembra essere stata messa in atto alcuna politica criminale di valorizzazione effettiva della riparazione nelle alternative al processo positivizzate. Sul punto si rimanda al cap. V.

¹⁷⁹ C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 158.

¹⁸⁰ Che non si tratti di sterili disquisizioni teoriche è quanto si vedrà con l'analisi della messa alla prova per adulti, al cap. V.

¹⁸¹ D'altra parte non manca chi avesse già espresso l'opinione per cui «la giustizia riparatoria ci pone in sostanza di fronte, più che ad una offerta di penalità diversa, a procedure che favoriscono innanzitutto soluzioni degiurisdizionalizzate e che premiano, anche nel corso del processo, l'autonoma capacità delle parti di ripristinare l'equilibrio infranto», M. BOUCHARD, *La galassia delle tutele (ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori la giurisdizione)*, in *Quest. giust.*, n. 4, 1999, p. 689.

¹⁸² Per una panoramica sui diversi tipi di diversione sperimentati ad oggi, non sempre coerenti con le condizioni di legittimità che si intendono qui porre ma utili a dare maggiore concretezza al discorso, si rimanda a quanto descritto al cap. II, §§ 3.1-3.2, in merito alle esperienze della Germania e dell'Austria.

suo necessario modellamento sulla struttura e sui contenuti degli strumenti di *restorative justice*¹⁸³, la quale troverebbe in questo modo spazi applicativi, di natura istituzionale, anticipati, più vicini all'evento lesivo, e non limitati al momento esecutivo della pena¹⁸⁴.

Il processo cesserebbe di essere il mero spartiacque tra pena e non pena, e potrebbe divenire un momento di incontro, già in questa fase, con il precetto penale e ciò che esso tutela. Si realizzerebbe così l'immagine per cui, se nel processo penale classico lo Stato, dissociandosi dal reato, si dissocia – idealmente con l'etichetta della condanna e fisicamente con limitazioni nella libertà personale e patrimoniale – anche dall'autore, con la giustizia riparativa realizzata già in fase processuale lo Stato si pone a fianco dei protagonisti del reato e, insieme, si dissociano dal reato stesso¹⁸⁵. Colui che soccombendo nel processo sarebbe risultato perdente, nella dinamica giudiziale ed esistenziale diviene l'interlocutore di un dialogo, nella consapevolezza che della sua collaborazione e della sua reintegrazione c'è «sempre bisogno»¹⁸⁶.

Muta anche la funzione del giudice, non più esclusivamente “bocca della legge”, come volevano gli illuministi, ma co-costruttore di una risposta corale al reato¹⁸⁷. Le stesse parti, in questo modo, si ritrovano «meno sudditi e più attori del loro destino processuale»¹⁸⁸, e ciò non nella logica delle convenienze e delle furbizie, ma per il

¹⁸³ Una simile evoluzione viene espressamente auspicata da chi «immagin[a] che progressivamente anche il diritto penale e processuale, incentivato da politiche ‘premurose’ – pur mantenendo fermi i rigorosi e invalicabili confini dei principi di offensività, legalità ed *extrema ratio*, ecc. – si mostrerà più sensibile nell'approccio ai beni protetti e alle persone, offese e colpevoli. Simile sensibilità si tradurrà in parole nuove, in terminologie più ‘attente’ e raffinate capaci di raccorciare le distanze tra i destinatari e le norme loro rivolte, consentendo – da un lato – di meglio “afferrare” i beni giuridici protetti e – dall'altro – di adeguare davvero i modelli di intervento al quadro costituzionale di riferimento», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit., p. 144.

¹⁸⁴ Per una panoramica sulla giustizia riparativa in ambito di esecuzione della pena, cfr. B. GALGANI, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, p. 205.

¹⁸⁵ F. HÖPFEL, R. KERT, *Allgemeine Grundsätze*, cit., p. 8.

¹⁸⁶ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1060.

¹⁸⁷ Lo stesso valendo anche per la figura del pubblico ministero. Cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., pp. 385 s., che immagina una rimodulazione del ruolo della magistratura, con una necessaria «rinnovata fiducia in spazi di discrezionalità che le andranno affidati e in un impiego di conoscenze empiriche (con i relativi costi di acquisizione), di cui dovrà esser dotata». Si specifica da subito, anche se il punto verrà ripreso al cap. VI, § 3.2, che questo non significa attribuire direttamente al magistrato il compito di accompagnare il percorso riparativo, tantomeno nella qualità di mediatore o conciliatore (come invece prevede l'art. 29 d.lgs. 274/2000).

¹⁸⁸ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1060, che, significativamente, conclude: «l'atteggiamento delle parti, della vittima e dell'autore, della difesa e dell'accusa, determina in tal modo una dialettica processuale che incide sul *dictum*, sulla prova, sulla pena e sulla stessa configurazione dei fatti rilevanti per la commisurazione sanzionatoria o per la non punibilità: sulla “giustizia sostanziale” che andrà a pronunciarsi. [...] Questa giustizia discorsiva, lo confesso, pur con tanti limiti mi piace di più della sacra maestà della legge retributiva di Maurach e di Kant».

coinvolgimento in un processo ben più serio e impegnativo rispetto a un patto sulla pena al ribasso¹⁸⁹.

Tutto questo, si capisce, subordinato al consenso dell'imputato e degli altri protagonisti della vicenda, il che fa della *restorative justice*, incardinata nella cornice della diversione, un paradigma che può ben affiancarsi a quello classico incentrato sulla pena, integrandolo, senza poterlo sostituire¹⁹⁰.

Se una simile prospettiva venisse giudicata praticabile, essa dovrebbe poi considerarsi *ex se* anche dovuta. Il principio dell'*extrema ratio* nel modulare la risposta al reato attiene infatti non solo al momento prettamente sanzionatorio, ma si estende già alle fasi precedenti, imponendo di scegliere qualsiasi soluzione meno invasiva in grado di rispondere credibilmente ed efficacemente al crimine¹⁹¹. Senza sottovalutare i rischi del c.d. *net widening effect*, ovvero dell'ampliamento della rete del controllo sociale rispetto a comportamenti altrimenti invisibili a qualsiasi forma di intervento, perché lesivi in minima parte¹⁹², è lo stesso principio di sussidiarietà a pretendere l'attuazione di un diritto penale, anche processuale, 'minimo'. Se tuttavia l'ordinamento si è ad oggi limitato a

¹⁸⁹ «Il gesto riparativo è il segno di un'avvenuta condivisione; è un'offerta che chiede di essere accolta, prima ancora che accettata. L'impegno riparativo presuppone un 'volto' cui essere ri-volto, all'interno di un singolare 'scambio' che assomiglia più al 'dono' che all'accordo negoziale e nulla ha, invece, del compromesso», C. MAZZUCATO, *Appunti*, cit. p. 118.

¹⁹⁰ Il tema del consenso all'attivazione dell'alternativa al processo, stante la sua assoluta centralità, sarà affrontato in un apposito capitolo, cfr. cap. VI.

¹⁹¹ Così M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., pp. 385 s. Sul carattere di *extrema ratio* dello stesso procedimento penale a cagione delle sue pesanti valenze punitive indirette, cfr. A. CAVALIERE, *L'obbligatorietà dell'azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 350 s. Il carattere di sussidiarietà a cui deve essere improntata la giurisdizione, la quale «si muove per far rispettare il diritto solo quando coloro ai quali il diritto in concreto si rivolge non hanno saputo o voluto rispettarlo da sé», era stata bene evidenziata già da P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2° ed., Cedam, Padova, 1943, p. 65, il quale prosegue: «colla sottintesa premessa che nel sistema della legalità lo Stato commette prima di tutto l'osservanza delle leggi alla città dei cittadini, e li educa alla libertà confidando che essi le intendano e le osservino senza bisogno dell'intervento del giudice».

¹⁹² Sul tema, cfr. per tutti H. ZEHR, B. TOWES (Eds.), *Critical Issues in Restorative Justice*, Criminal Justice Press, Monsey N.Y., 2004, *passim*. Rischi di mal interpretare il senso della giustizia riparativa sono già noti al nostro ordinamento, in parte anche già denunciati dalla giurisprudenza di legittimità. Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 co. 7 O.p.*, in *Leg. pen.*, 2004, n. 4, pp. 380 ss.; A. MARGARA, *Al riparo dalla giustizia riparativa*, in P. TRECCI, M. CAFIERO (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa. Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 185 ss.; G. SCARDACCIONE, *Le insidie della mediazione penale*, in *Mediares*, n. 1, 2003, soprattutto pp. 86 ss. Cfr. le indicazioni correttive elaborate dalla Commissione di studio "Mediazione e giustizia riparativa" (Ministero della Giustizia/Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria), contenute nel documento *Mediazione e Giustizia riparativa. Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti*, Roma, 2005 (a firma di M.P. Giuffrida), in www.giustizia.it. Il tema è infine ampiamente discusso in C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne, Roma, 2005, p. 167 ss.

rilevare, a prendere atto degli spazi di inutilità della pena¹⁹³, la diversione improntata alla giustizia riparativa conduce invece alla possibilità di *creare* tali spazi là dove di per sé manchino, di far venire meno attraverso il percorso alternativo la necessità di perseguire penalmente l'imputato, lavorando «alla frontiera tra diritto e processo penale»¹⁹⁴.

In altri termini, la diversione, se venisse considerata una strada percorribile, diverrebbe automaticamente anche una strada dovuta¹⁹⁵, ma prima ancora, per essere praticabile, deve in ogni caso costituire l'involucro, l'occasione, il momento e il luogo per la realizzazione di programmi di giustizia riparativa.

Certo, questo significa assegnare al processo, nelle sue diverse articolazioni, compiti che gli sono sconosciuti. Si tratta di «coinvolgere il giudicante e le parti del rapporto processuale e di quello punitivo, in una nuova e diversa dialettica»¹⁹⁶, che porta lo stesso diritto penale a svolgere «una funzione dialogica», in cui può immaginarsi «un atteggiamento di disponibilità dell'ordinamento a rinunciare alla sua volontà di castigare», e questo proprio «interrompendo e fermando addirittura il meccanismo processuale dell'accertamento»¹⁹⁷. Da che la pena è stata in certi casi considerata non necessaria, ed essendosi man mano allargata questa idea in ragione del principio dell'intervento punitivo come ultima *ratio*¹⁹⁸, ecco che anche il processo, nelle forme per cui funge da garanzia dalla pena, può trasformarsi in qualcosa di “diverso”. In altre parole, avendo sperimentato la possibilità di perseguire gli scopi del diritto penale con strumenti diversi dalla pena, quelle stesse finalità possono entrare nel procedimento e modellarlo, dato che esso non deve più ottemperare al suo compito di garanzia rispetto al momento punitivo. La diversione a contenuto riparativo dal canto suo – ad esempio con la possibilità di adire a un percorso di mediazione durante la fase delle indagini, al cui buon esito il procedimento viene chiuso anticipatamente – può divenire strumento di attuazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale, umanizzazione della giustizia,

¹⁹³ Cfr. ad esempio quanto detto in tema di tenuità del fatto (cap. I, § 3.2) e di condotte riparatorie nell'ambito di competenza del giudice di pace (cap. II, § 4.2).

¹⁹⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 465; si tratta cioè di «ospitare le ragioni che a vario titolo sospingono verso una decisione sulla non essenzialità della pena, ovvero verso soluzioni concordate meno afflittive e meno stigmatizzanti», con la predisposizione di un «insieme di soluzioni sostanziali e processuali».

¹⁹⁵ Il vero scoglio su cui la diversione è destinata a scontrarsi è quello di matrice prettamente culturale. È proprio con riferimento alle ipotesi di *diversion* che M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit., p. 94, afferma: «ma, è bene tenerlo presente, in questo modo ci andiamo a situare in una logica completamente diversa da quella che abbiamo definito come cultura patibolare. Bisogna essere culturalmente pronti, per affrontare simili operazioni. Fatto questo, non occorrerebbe nemmeno sforzare troppo la fantasia». Della necessità di superare «residui pregiudizi e resistenze culturali» ai fini di un progressivo abbandono del modello classico di risposta al reato si preoccupa anche B. GALGANI, *Il paradigma della giustizia riparativa*, cit., p. 207.

¹⁹⁶ M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1044.

¹⁹⁷ M. PAVARINI, *Corso di istituzioni*, cit. p. 174.

¹⁹⁸ Per un'ampia disamina su come questa idea si è fatta strada nella scienza e nella pratica del diritto, cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., pp. 1185 ss.

differenziazione e gradazione dell'intervento processuale, attenzione alla vittima del reato. Ecco dunque che strumenti processuali e sostanziali si trovano a perseguire fini comuni e in un certo senso perdono di autonomia, fondendosi gli uni con gli altri¹⁹⁹.

3.1. *La diversione come causa di non procedibilità 'sopravveniente'*

Si è individuata la prima condizione di legittimità della diversione, dal punto di vista contenutistico, in grado di garantire il rispetto del principio di necessità del processo penale secondo cui *nulla poena sine iudicio*. A ciò si deve tuttavia aggiungere un secondo tassello. La non punitività della risposta al fatto penalmente rilevante che si sostituisce a processo e pena è infatti solo uno dei due elementi individuati come necessari perché la diversione non si sostanzi in uno strumento iniquo. Si è visto²⁰⁰ come la diversione, per essere rispettosa del secondo principio di necessità processuale – *nulla culpa sine iudicio* – non può implicare l'attribuzione, nemmeno implicita, della responsabilità per il reato oggetto d'accusa. Ciò è possibile, nel contesto italiano, soltanto con l'emissione di una pronuncia sulla (im)procedibilità in senso stretto²⁰¹. Al tema dei contenuti delle alternative al processo si deve affiancare dunque, ancora in chiave di garanzia²⁰², quello della veste formale, dell'inquadramento sistematico delle stesse. Occorre cioè verificare se la diversione, come risultante dal connubio con la giustizia riparativa – e dunque nelle forme della mediazione, della messa alla prova di stampo riparativo, della family group conference o altro –, possa effettivamente ascrivere tra le cause di esclusione della procedibilità, e questo sia da un punto di vista teorico, sia da un punto di vista operativo²⁰³.

¹⁹⁹ In tal senso si può intendere, pur se sotto un'angolatura in un certo senso opposta, l'espressione per cui assumendo un «ruolo *costitutivo* rispetto a quella che sarà la verità del processo», «il processo penale con le sue vicende endo- o extraprocessuali, diviene sempre più parte dei fatti rilevanti che dovrebbero essere oggetto dell'accertamento», M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1059.

²⁰⁰ Cfr. § 1.2.

²⁰¹ Vedi *supra*.

²⁰² Giustamente si dice infatti che «la collocazione sistematica di un determinato istituto deve tendenzialmente essere coerente coi criteri ad esso sottostanti, nella premessa che – comunque – questi ultimi rispondono a scelte di politica criminale [...] ma un collegamento tra la qualificazione giuridica (collocazione sistematica) di un certo istituto e i criteri della sua applicazione deve sussistere anche, e soprattutto, per ragioni di garanzia», R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1501 s.

²⁰³ Analoga ricerca è stata compiuta, con riguardo al diverso istituto della tenuità del fatto, da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., pp. 160 ss., così come da S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole di esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 59 ss. Si tratta di questioni certo non nuove, ma che sorgono ogniqualvolta ci si confronti con istituti posti ai confini tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Ad un primo sguardo, l'agire della diversione sul processo e sulla pena richiama con forza il fenomeno della c.d. 'depenalizzazione in concreto'.

Con tale espressione si suole richiamare tutti gli strumenti volti a una «riduzione» del penalmente rilevante» mediante «congegni che attendono l'intervento dell'operatore giuridico»²⁰⁴. Secondo un'impostazione parzialmente diversa, più restrittiva, per depenalizzazione in concreto si devono invece intendere i meccanismi che consentono l'individuazione, non dell'inutilità in concreto della pena *tout court*, ma dei soli reati bagatellari c.d. impropri, ovvero connotati da un'esiguità riconoscibile solo nel concreto, ma non riconducibile ad una inoffensività in astratto della fattispecie penale, essendo questa passibile anche di traduzioni criminose di grave portata²⁰⁵. In questa seconda accezione il fenomeno della depenalizzazione in concreto si riduce al solo campo dell'irrelevanza del fatto, e dunque esclude a priori la riferibilità della stessa anche alle ipotesi di *diversion*.

Nella definizione più ampia, invece, rileverebbe in generale la necessità di aggiungere alla già esistente legittimazione esterna della pena, data dalla previsione a livello legislativo della sua comminazione in caso di violazione del precetto corrispondente, una seconda legittimazione 'interna', delegata al potere giudiziario e riferibile al caso concreto²⁰⁶. Tali istituti otterrebbero dunque l'effetto tipico di escludere la sanzione penale e, talora, anche il processo e la condanna²⁰⁷.

²⁰⁴ N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2, p. 4, che la distingue dalla «c.d. depenalizzazione "in astratto", intesa come sfolgimento del sistema delle incriminazioni sulla base di criteri razionali – da intendersi dunque come "degradazione" o abrogazione tout court del reato».

²⁰⁵ Sarebbero cioè reati bagatellari 'impropri' quelli «i quali essendo solo in concreto esigui, ma conformi a fattispecie che di solito abbracciano anche fatti di notevole disvalore, non possono essere "eliminati" definitivamente dal sistema penale, richiedendo non solo un intervento del legislatore (fissazione attraverso legge dei criteri di esiguità) ma anche l'intervento caso per caso dell'interprete», R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., p. 1501. In questa specifica ottica, la depenalizzazione in astratto richiede il riconoscimento dei reati bagatellari propri, ovvero la cui irrilevanza in termini di offensività sia riconoscibile già a partire dalla fattispecie astratta; la depenalizzazione in concreto impone invece la ricerca di criteri idonei in base ai quali compiere la valutazione di tenuità del singolo fatto, che è quanto avviene propriamente in forza delle declaratorie di particolare tenuità del fatto o di irrilevanza, su cui, nell'ottica della differenziazione dall'istituto della diversione, si rimanda al cap. I, § 3.3.

²⁰⁶ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pp. 23 s., che continua: «o la stessa fattispecie nella quale si traduce la scelta di penalizzazione originaria prevede le condizioni della sua (non) applicabilità; oppure il sistema ricorre (deve ricorrere) a correzioni (non necessariamente sostanziali, in sede processuale, ad esempio) con una traslazione di competenze che nasconde uno spostamento di poteri».

²⁰⁷ In questo senso, A. BERNARDI, *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, Padova, 2008, pp. 9-11, che più precisamente afferma: «la depenalizzazione in concreto (o processuale) opera attraverso particolari istituti che in sede giurisdizionale selezionano, tra i fatti astrattamente previsti come reati, quelli a cui applicare la sanzione [...] [e che] escludono la sanzione penale e talora, prima ancora, la celebrazione del rito»; cfr. anche F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 195.

E tuttavia ricondurre la diversione all'area della depenalizzazione in concreto nulla dice circa la qualificazione della stessa da un punto di vista sistematico, trattandosi di una denominazione con cui vengono indicati istituti profondamente diversi, afferenti indistintamente alla sfera della non punibilità, dell'estinzione del reato e della non procedibilità²⁰⁸.

Andando dunque più nello specifico, occorre chiedersi se l'istituto in discorso sia, come potrebbe per certi versi sembrare, contiguo al discorso sul dovere di punire²⁰⁹. D'altra parte la diversione è stata autorevolmente definita come l'«interruzione della persecuzione penale in assenza di una sanzione formale conseguente alla condanna»²¹⁰, in un'accezione che sembrerebbe porre l'accento più sull'assenza di pena, che sulla mancanza anche di ogni attribuzione di responsabilità²¹¹. Anche la dottrina italiana, significativamente, ha sostenuto che «può essere [...] un'alternativa all'ordinario *iter* processuale penale, quando culminasse in una decisione di improcedibilità o di non punibilità»²¹².

Le cause di non punibilità sono state talvolta individuate seguendo criteri assai ampi: vi si ricondurrebbero «tutte quelle situazioni o circostanze, oggettive come soggettive, preesistenti alla commissione del fatto o ad esso sopravvenute, ad esso collegate o da esso indipendenti, attinenti al merito o alla procedura, a cui è comunque riconducibile la non applicabilità o la non applicazione della sanzione penale a un fatto determinato o a carico di una determinata persona»²¹³.

Simile descrizione tuttavia non si presta, di nuovo, a differenziare la natura dei singoli istituti, accomunati solo dalle conseguenze pratiche che determinano²¹⁴. Circo-

²⁰⁸ A. BERNARDI, *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, cit., pp. 10 s., vi ricomprende, ad esempio, l'oblazione, l'irrelevanza del fatto nelle sue diverse forme, l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, la messa alla prova, il perdono giudiziale in ambito minorile, la querela. Anche N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive*, cit., p. 4, nomina le ipotesi di procedibilità a querela, le clausole della irrilevanza penale del fatto e gli istituti che valorizzano la riparazione del danno e delle conseguenze pregiudizievoli del reato.

²⁰⁹ Sul tema, doveroso è il rimando a G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 797 ss.

²¹⁰ D. DÖLLING, *Diversion*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, 5. Band, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1998, p. 275; nell'originale: «die Beendigung der Strafverfolgung ohne förmliche, durch ein Strafurteil erfolgende Sanktionierung des Täters».

²¹¹ La contiguità dei temi della punibilità e della procedibilità è ampiamente documentata in R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 43 ss.; A. GAITO, voce *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, pp. 810 ss.

²¹² R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno di Urbino, 22-23 settembre 2005, Giuffrè, Milano, p. 187, corsivo nostro.

²¹³ Così, G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 609.

²¹⁴ È la prospettiva consapevolmente assunta da chi afferma che parlare di «ipotesi di *non punibilità sopravvenuta*» significhi richiamare «il complesso delle ragioni (certo, molto diverse, anche politicamente contingenti) che convergono a selezionare il sistema in vista di un'effettiva attuazione della sussidiarietà

l'ambito di operatività della non punibilità in senso stretto chi vi riconosce quei fenomeni che «hanno l'effetto di escludere la sola pena lasciando sussistere la illiceità del fatto e la colpevolezza dell'autore»²¹⁵. Per evitare di incorrere nell'errore di associare qualsiasi fenomeno che concretamente determini l'impossibilità di comminare una pena all'istituto della non punibilità, occorre verificare preliminarmente se esso, oltre ad incidere sul potere dello stato di condannare e punire, condizioni la possibilità di giudicare, e dunque anche di assolvere: in tal caso ci si trova di fronte ad un impedimento al processo, e non alla sola pena²¹⁶.

Dal punto di vista del loro contenuto qualificante, le condizioni di procedibilità vincolano la stessa esperibilità dell'azione penale, o in un momento successivo la sua prosecuzione, in quanto sono preordinate all'«esigenza di tutelare un interesse esterno alla dinamica processuale e, solitamente, alternativo al perseguimento del reato»²¹⁷. Esse esprimono in particolare «scelte di opportunità circa la perseguibilità del reato»²¹⁸, che operano «sul piano delle esigenze pratiche di economia processuale o di politica criminale»²¹⁹, e perseguono finalità estranee rispetto all'interesse punitivo sotteso alla norma incriminatrice²²⁰.

Rapportando le caratteristiche 'interne' delle cause di non procedibilità ai contenuti e alla *ratio* delle alternative al processo, queste ultime sembrerebbero attagliarsi perfettamente al profilo descritto. Esse infatti impediscono, prima ancora che la pena, lo

e/o della personalizzazione della responsabilità, degradando le risposte sanzionatorie a tale fine», M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 1044.

²¹⁵ G. PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 525.

²¹⁶ In altri termini, «il fatto che, mancando un certo requisito, non sia consentito punire, non è premessa sufficiente per diagnosticare una condizione di punibilità; prima bisogna vedere se, oltre alla condanna, sia esclusa anche la possibilità di assolvere, perché in tal caso la condizione riguarderebbe il processo e non la pena: il divieto di procedere frappone un ostacolo all'accertamento del reato, tanto positivo quanto negativo», F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 48. Che poi non si debba fare nemmeno l'errore opposto, cioè individuare nelle cause di non procedibilità una espressione del dovere di non punire, è ciò che viene rimarcato da chi mette in guardia dall'«errata opinione, secondo la quale negare il dovere di procedere, equivalga a negare il dovere di punire». E questo anche se «nessuno dubita naturalmente che, essendo la pena applicabile soltanto a seguito di un giudizio, l'impossibilità a celebrare quest'ultimo equivalga, in pratica, a impedire la condanna», R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit., p. 43. Di avviso diverso sembrerebbe L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1990, p. 584, secondo cui «le condizioni oggettive di procedibilità [...] esprimono semplicemente la tendenza alla minimizzazione del diritto penale ove difettino o vengano meno gli scopi che giustificano la pena».

²¹⁷ R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 44. In termini analoghi F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3497, secondo cui «la qualificazione come causa di improcedibilità è più coerente con la previsione di criteri valutativi di interessi esterni al fatto e al suo autore».

²¹⁸ R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 46.

²¹⁹ A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 805.

²²⁰ Si tratta cioè di «situazioni esterne ed estranee al fatto di reato, in linea di principio concepite per tutelare interessi di natura processuale, diversi e ulteriori rispetto a quelli che la norma incriminatrice protegge», C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 163.

stesso giudizio, e ciò in ragione di una valutazione di opportunità. Con tale strumento l'ordinamento intende infatti dare rilevanza a interessi esterni al nucleo dell'illecito e alla pretesa punitiva, ma ben rientranti in valutazioni generali di politica criminale. *Ratio* della diversione è infatti quella di evitare di perseguire penalmente un fatto quando ciò risulti, a posteriori, inutile e dannoso. Si vuole mettere in rilievo, «accanto e prima del bisogno di pena, il concreto 'bisogno di processo'», onde evitare costi umani e sociali superflui²²¹, i cui «effetti possono ripercuotersi negativamente» sulle persone coinvolte²²². Con la diversione è tutelato l'interesse, ulteriore ed estraneo rispetto a quelli tutelati dalla norma incriminatrice, di evitare un processo inutile e costoso, là dove la sua inutilità si fonda sulla circostanza che gli interessi sottesi alla norma incriminatrice – prevenzione generale, speciale, tutela delle esigenze della vittima – sono stati già protetti altrove, fuori del processo.

Una configurazione in chiave di sentenza di improcedibilità, dal punto di vista interno, collima dunque perfettamente con le caratteristiche tipiche delle cause di non procedibilità. Si tratta infatti di «valutazioni attinenti all'impatto del processo sulla vita dell'imputato» che incidono «sul versante del vaglio di opportunità non tanto della sanzione quanto della celebrazione del rito, come emblematicamente avviene mediante le condizioni di procedibilità»²²³.

Quanto alla fenomenologia delle cause di non procedibilità, ovvero al modo di manifestarsi delle stesse, esse possono coincidere con determinati atti, provenienti dai soggetti a ciò legittimati, privati o pubblici²²⁴, che esprimono una volontà in tal senso; oppure possono derivare dall'accadere di determinati fatti il cui verificarsi determina *ex se* l'emersione dell'ostacolo a procedere²²⁵. Si avrebbero soluzioni del primo tipo ogniqualvolta si tratti di condizioni di non procedibilità insuscettibili di previsione generale ed astratta, dipendenti cioè da una concreta manifestazione di volontà nel singolo

²²¹ Così M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 464.

²²² Il riferimento, di A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 805, è soprattutto agli effetti del procedimento penale sulla persona offesa, ma può ben essere esteso anche all'imputato.

²²³ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 165.

²²⁴ Può infatti trattarsi di soggetti privati come di organi pubblici, cfr. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato* (1930), in ID., *Diritto penale – Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 79, ma secondo alcuni non dovrebbero essere compresi tra questi i soggetti interni all'ordine giudiziario (R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 46). Non può tuttavia negarsi il fatto che ad oggi anche questa risulta una realtà sdoganata dal dato normativo: infatti «nel caso dell'irrilevanza, il parametro di opportunità di svolgere il processo viene esplicitato ed affidato al vaglio dell'autorità giudiziaria», C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 165.

²²⁵ Cfr. R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 46. In passato era stata invece ipotizzata una rigida dicotomia tra 'atti', cioè manifestazioni di volontà, provenienti da soggetti pubblici o privati, idonei a determinare l'improcedibilità di un reato, e 'fatti' dai quali la legge fa dipendere la comminazione di una pena, integranti le condizioni di punibilità. Cfr. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., p. 79.

caso, slegata da criteri generalizzabili. All'opposto, qualora si riconduca la non procedibilità a ragioni di convenienza individuabili e tipizzabili sul piano astratto, essa viene fatta coincidere con l'accadimento di determinati 'fatti', i quali palesino l'emersione di un interesse idoneo a giustificare l'interruzione del processo²²⁶.

Anche sotto questo specifico profilo la diversione può ben essere ricondotta alla categoria in esame: con essa l'ordinamento, all'esito positivo del percorso²²⁷, esprime infatti precisamente la volontà di rinunciare a perseguire il reato²²⁸, essendo a ciò legittimato in forza dei contenuti riparativi che hanno caratterizzato l'alternativa al processo e permesso il raggiungimento, per vie diverse da quelle punitive, degli obiettivi generali del sistema-giustizia²²⁹.

Se può dirsi risolto positivamente il quesito in merito alla compatibilità della *ratio* e della natura 'interna' della diversione con quella delle condizioni di procedibilità, resta da verificare se lo stesso possa dirsi anche sotto il versante delle rispettive conseguenze pratiche a livello procedurale²³⁰.

È indubbio che le pronunce sulla procedibilità, non implicando alcun accertamento nel merito, ma anzi proibendolo²³¹, non richiedano al giudice di compiere verifiche in fatto e in diritto particolarmente complesse, trattandosi solo di accertare l'effettiva sussistenza della causa che impedisce la prosecuzione del rito, «la mancanza della volontà di procedere, proveniente da un soggetto pubblico o privato»²³². Non a caso l'improcedibilità è tra i presupposti dell'archiviazione (art. 411 c.p.p.) e successivamente costituisce motivo di interruzione anticipata del procedimento in ogni suo segmento (in udienza preliminare, in fase predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.*, in qualsivoglia altro

²²⁶ La ricostruzione è di R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., p. 1502.

²²⁷ Della particolare natura della diversione in quanto fattispecie a formazione progressiva e ad esito incerto, e a come questo incida sulla sua configurazione in chiave di causa di non procedibilità, si dirà *infra*.

²²⁸ Non troppo dissimilmente da quanto avviene «quando la ponderazione tra gravità del reato commesso e benefici eventuali del suo perseguimento viene affidata ai privati che lo hanno subito, attribuendo loro il potere di querela», C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 165.

²²⁹ Simile ricostruzione trova conferma anche nella disciplina di istituti stranieri, che seppure diversi da quello qui esaminato, vi sono assimilabili quanto ad effetti finali; i §§ 153 e 153a StPO, che disciplinano le ipotesi semplici e condizionate di irrilevanza del fatto, sono infatti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche ricondotti propriamente al tema dell'interesse pubblico a perseguire il reato, a sua volta legato dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'assolvimento degli scopi preventivi della pena (anche se sarebbe più corretto dire, del sistema penale). La considerazione dell'estraneità di tale interesse dalla sfera dell'illecito e del suo autore, quindi dalle ragioni del punire, porta ad annoverare tali istituti tra le cause che impediscono la procedibilità del reato. Cfr. R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., p. 1503.

²³⁰ Per F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 48, questo costituirebbe l'unico criterio valido di effettiva differenziazione tra le diverse categorie di istituti: «è importante sapere quali effetti conseguano alle condizioni del procedere, quali alle condizioni del punire; poi la classificazione riesce facile».

²³¹ Si è ampiamente visto come l'«effetto tipico» delle sentenze di improcedibilità sia quello di «proibire l'accertamento sul fatto», F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 318.

²³² In questi termini, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 169, che ne fa conseguire coerentemente la sufficienza di un contraddittorio ridotto all'osso.

momento nel quale emerga la causa di non procedibilità o venga meno la condizione di procedibilità, *ex art. 129 c.p.p.*, fino alla sentenza conclusiva di non doversi procedere, *ex art. 529 c.p.p.*)²³³.

Anche sotto questo secondo profilo, operativo-procedurale, le implicazioni di una configurazione in chiave di improcedibilità si attagliano perfettamente alla *ratio* e al funzionamento delle alternative al processo penale. Esse infatti, come si avrà modo di vedere²³⁴, risultano tanto più funzionali e al contempo compatibili con il rispetto delle garanzie processuali quanto più siano congegnate in una fase anticipata del procedimento, preferibilmente durante le indagini preliminari, prima dell'esercizio dell'azione penale.

Si conferma dunque nel complesso la correttezza della qualificazione della *diversion* in chiave di causa di non procedibilità, il che conforta l'assunto, posto all'inizio²³⁵, secondo cui solo tale tipo di configurazione sarebbe stata rispettosa, nel contesto ordinamentale italiano, del principio *nulla culpa sine iudicio*.

Si tratta tuttavia di una non procedibilità particolare. La diversione non indica semplicemente un atto o un fatto, ma un complesso di atti e fatti, un *sub*-procedimento parallelo al procedimento ordinario, il cui risultato è per di più del tutto incerto perché subordinato alla volontaria partecipazione ad un programma di giustizia riparativa. Non è dunque la diversione *ex se* a costituire una causa sopravvenuta di non procedibilità, ma solo, eventualmente, il suo momento finale, qualora venisse rilevato l'esito positivo della vicenda.

La non procedibilità, allora, è il risultato che l'ordinamento assegna ad un percorso compiuto positivamente, connotato da contenuti prettamente riparativi attraverso i quali perseguire gli obiettivi di prevenzione del sistema. È il percorso, consacrato nella sua conclusione positiva, a incidere sulla procedibilità del fatto.

Volendo allora qualificare la diversione nel suo divenire, quale fattispecie complessa, e non solo nel suo momento finale, la si può indicare come una *vicenda* della

²³³ Ciò anche, ma non solo, ai fini del raggiungimento di obiettivi di deflazione processuale, come veniva lucidamente messo in luce già nelle Risoluzioni in tema di *diversion* all'esito del Congresso Internazionale dell'AIDP del 1984: «Si afferma spesso che la *diversion* serve a ridurre il carico di lavoro per l'ufficio dell'accusa e per i giudici. Questa affermazione suscita perplessità [...]. La scelta tra la *diversion* e l'azione penale non può essere fatta in funzione degli aspetti tecnici della riduzione del carico dei fascicoli processuali. Questa riduzione può essere un effetto secondario della *diversion* ma non deve esserne il principale obiettivo», *Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «diversion» e mediazione (Cairo, 1-7 ottobre 1984)*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 535. Sul tema si vedano le riflessioni di C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., pp. 151 s., e pp. 171 ss., e soprattutto A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 31 ss.

²³⁴ Cfr. cap. VI.

²³⁵ Cfr. § 1.2.

procedibilità, o una causa di non procedibilità ‘sopravveniente’²³⁶. Ciò rende l’idea del conseguimento di un risultato *in itinere*, di un processo in atto che si evolve dinamicamente, il cui risultato, eventuale, è la non procedibilità del reato contestato. La diversione, in forza del suo contenuto riparativo, è in grado di *condurre* alla non perseguibilità del fatto, fatto che tuttavia è da principio e durante la diversione stessa perfettamente perseguibile. All’interno dello stesso percorso giudiziario la diversione come vicenda della procedibilità *crea* – viene cioè creata l’occasione perché possano formarsi – le ragioni che rendono inopportuno perseguire il fatto. L’ordinamento cioè non si limita a constatare l’esistenza di un ostacolo al procedere che esiste e si manifesta al di fuori dell’ambito processuale, dispiegano al suo interno solo i suoi effetti; al contrario esso predispone un momento all’interno del quale proporre, attivare e accompagnare un percorso il cui risultato è la non procedibilità, un percorso che non esisterebbe se non fosse occasionato dalla macchina statuale e che punta a realizzare per una via non punitiva, dunque in ottemperanza al principio di *extrema ratio* degli strumenti penali, gli obiettivi ultimi di giustizia cui lo stesso sistema è votato.

²³⁶ Si accoglie la provocazione di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 11, di non aver timore a «ragionare con categorie di pensiero completamente nuove».

Capitolo V

Una conferma *a contrario*: la messa alla prova per adulti

1. Un'alternativa al processo nel codice di procedura penale.

I ragionamenti che sono stati svolti nei capitoli precedenti a livello astratto trovano un riscontro ancorato alla disciplina positiva con riferimento al recentissimo istituto della messa alla prova per adulti (artt. 168-*bis* s. c.p. e artt. 464-*bis* ss. c.p.p.)¹. La tesi secondo cui solo un contenuto precipuamente riparativo può determinare la legittimità di un'alternativa al processo viene infatti indirettamente confermata dalle discussioni che hanno accompagnato l'adozione della misura nel sistema processuale italiano.

La l. 28.04.2014 n. 67 ha introdotto nell'ordinamento, dopo un *iter* normativo tutt'altro che semplice², l'istituto della *probation*³, già largamente sperimentato nel processo minorile ed esteso, con numerose somiglianze ma anche con notevoli

¹ A questi si aggiungono gli artt. 141-*bis* e 141-*ter* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, nonché le modifiche in tema di casellario giudiziale del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 con l'aggiunta della lettera *i-bis* all'art. 3.

² Le prime iniziative parlamentari risalgono al 2002 (proposta di legge C. 3252). Sia il *Progetto di riforma della parte generale del codice penale* elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. Giuliano Pisapia, sia la *Bozza di legge-delega per un nuovo codice di procedura penale* elaborata dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio contenevano riferimenti alla messa alla prova (cfr. il commento di S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1985). Durante la XV legislatura veniva presentato il c.d. d.d.l. *Mastella* (C. 2664), e ancora nella legislatura successiva il Ministro della Giustizia Angelino Alfano presentava il d.d.l. C. 3291, dal quale venne stralciato il d.d.l. C. 3291-*ter*, recante "*Disposizioni relative alla sospensione del procedimento con messa alla prova*". Nella stessa legislatura veniva presentato dal successivo Ministro della giustizia Paola Severino un nuovo d.d.l., n. 5019, da cui venne poi stralciato il d.d.l. C. 5019-*bis*, che tuttavia di nuovo non trovò sbocco in Parlamento. Nel corso della XVII legislatura, il 18 marzo 2013, veniva presentato ancora alla Camera dei Deputati il d.d.l. C. 331, d'iniziativa dell'on. Donatella Ferranti e altri, che riproduceva il precedente testo del d.d.l. C. 5019-*bis*. Esso venne approvato il 4 luglio 2013 in un testo unificato con la proposta di legge n. 927, d'iniziativa dell'on. Enrico Costa; trasmesso al Senato (S. 925), approvato con modifiche il 21 gennaio 2014, il progetto di legge veniva finalmente approvato in maniera definitiva dalla Camera dei Deputati il 2 aprile 2014 (C. 331-927-B) e successivamente emanato il 28 aprile 2014 (l. n. 67/2014) come lo conosciamo oggi.

³ Una panoramica sulle origini dell'istituto della *probation* è rinvenibile in G. DI GENNARO, *Aspetti teorici e pratici del probation*, in *Quad. crim. clinica*, 1970, p. 323, nonché in E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 784.

differenze⁴, ai maggiorenni. Strumento «proteiforme»⁵, esso immette un mezzo di fuoriuscita anticipata dal circuito penale a fronte di un percorso volontario e attivo di reinserimento sociale. La persona sottoposta a giudizio chiede di mostrare, attraverso un comportamento attivo e personale, di essersi distanziato dalla vicenda delittuosa e di saper intraprendere in autonomia la strada della risocializzazione, rendendo non più necessario l'intervento sanzionatorio dello Stato. A tal fine la norma ammette la possibilità di sospendere il procedimento penale per un periodo di prova, con l'intento di valorizzare le «azioni positive, messe in campo dall'imputato, per ricomporre il tessuto sociale, leso dal fatto reato»⁶. Al felice esito della prova l'ordinamento fa conseguire la rinuncia alla potestà punitiva, secondo il meccanismo tipico di ogni forma di *probation*⁷. Nel caso di specie ci si trova di fronte a una forma di “*probation processuale*”, che si contraddistingue per il segmento temporale in cui opera, il tempo del processo, e si differenzia dagli omologhi istituti che si situano in fase di comminazione o di esecuzione della pena.

Se non vi sono problemi nell'inquadrare la sospensione del procedimento con messa alla prova così come disciplinata dalla legge n. 64 del 2014 all'interno della grande famiglia della *probation*, più arduo è individuare una collocazione sistematica dell'istituto che si attagli pienamente alle categorie conosciute nel sistema processual-

⁴ È di R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 745, l'invito ad «essere prudenti nel coltivare analogie facili che potrebbero rivelarsi ingannevoli». Un mero «trapianto» dell'istituto dal contesto minorile a quello per adulti avrebbe verosimilmente portato a una «crisi di rigetto», così L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 77, dal momento che diversi sono gli ambienti nei quali la *probation* è inserita, come diverse le funzioni assegnate al processo penale. Il procedimento minorile, in particolare, è concentrato sull'obiettivo di contribuire alla costruzione di una personalità, quella del minore, ancora in via di formazione, in un'ottica educativa prima ancora che rieducativa. Per un ampio quadro sul procedimento di sospensione del processo con messa alla prova in ambito minorile, cfr. S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova*, cit., pp. 1984 ss. Per un raffronto tra i due istituti, N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 17 ss.

⁵ C. CONTI, *Messa alla prova: prime applicazioni dell'istituto*, in *Treccani – Il libro dell'anno del diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, p. 648.

⁶ A. LOGLI, *La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi*, in M. DANIELE, P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 135.

⁷ Cfr. M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Wolters Kluwer, Padova, 2014, p. 370, secondo cui con gli strumenti di *probation* «lo Stato rinuncia in tutto o in parte, alla sua pretesa punitiva purché l'autore del fatto dimostri di aver compreso il disvalore della propria azione e manifesti propensione verso corretti modelli sociali che escludono per il futuro la commissione di ulteriori reati». Più cauta la definizione di E. FASSONE, voce *Probation e affidamento in prova*, cit., p. 784, secondo cui con la *probation* «l'autorità statale rinuncia all'indefettibilità e alla certezza della pena in funzione di un recupero appena probabile, o forse solo possibile, del reo».

penalistico italiano. Il legislatore ha inserito la normativa *de qua* a cavallo fra il codice penale e il codice di procedura penale⁸, e in particolare tra le cause di estinzione del reato per quanto riguarda la disciplina sostanziale (artt. 168-*bis* ss. c.p.), e tra i riti speciali per quanto riguarda la normativa processuale (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.). Tuttavia il solo inquadramento codicistico non vale a determinare l'individuazione della natura sottesa all'istituto, soprattutto dal punto di vista processuale. Non si tratta infatti di un nuovo procedimento speciale che si affianca a quelli già previsti, malgrado questa affermazione parrebbe suffragata dalla posizione sistematica che il legislatore ha riservato al nuovo Titolo V-*bis*, all'interno del Libro VI del codice di procedura penale. L'istituto incarna invece una vera e propria forma di *diversione*: non di una variante *nel* processo si tratta, bensì di un'alternativa *al* processo⁹, un «sub-procedimento»¹⁰, parallelo e incidentale, in grado di comportare la fine anticipata del processo penale¹¹. Se infatti le forme di *diversione* esprimono la rinuncia al giudizio e alla pena classicamente intesa, i riti speciali spingono «nell'opposta direzione acceleratoria del processo in vista di un trattamento sanzionatorio certo»¹².

Quanto agli obiettivi perseguiti dal legislatore con l'inserimento del nuovo istituto, già nella Relazione alla proposta di legge n. 331/C si esplicitavano, accanto al fine di un più efficace reinserimento sociale, le finalità di alleggerire il carico processuale e di contribuire a risolvere il problema del sovraffollamento degli istituti penitenziari¹³. L'accelerazione determinante per la promulgazione della legge è stata data, non a caso,

⁸ Su di un punto dunque si converge, e cioè sulla natura «incipite» della messa alla prova, espressiva di una complementarietà che lega i due sistemi, cfr. A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 676; negli stessi termini, fra tanti, A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1276, e A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 237.

⁹ Cfr. A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, cit., p. 1278; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 684; A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., pp. 238 s.

¹⁰ 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, p. 985.

¹¹ Per un inquadramento dell'istituto nella categoria della diversione, cfr. anche M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giustizia*, 2012, n. 6, p. 126; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 663.

¹² A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, cit., p. 1278. La distinzione è stata trattata al cap. I, § 3.3.

¹³ Relazione presentata alla Camera dei Deputati il 18 marzo 2013, Relatrice On. Donatella Ferranti, in www.parlamento.it, ove si parla di offrire ai responsabili di «reati di minor allarme sociale un percorso di reinserimento alternativo», al contempo assicurando «una funzione deflattiva dei procedimenti penali».

dalle notissime sentenze della Corte di Strasburgo, Sulejmanovic¹⁴ e Torregiani¹⁵, le quali, seppur mediamente, imponevano la definitiva approvazione della normativa in esame¹⁶. La stessa dottrina è unanime nel riconoscere la preminente finalità deflativa del nuovo istituto¹⁷, chiamato a rispondere all'esigenza di sanare una patologia oramai cronica del sistema «riducendo il numero delle imputazioni destinate a guadagnare la scena del dibattimento»¹⁸ da un lato, e permettendo una «equilibrata decarcerizzazione» in ossequio «al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale» dall'altro¹⁹.

1.1. *Le accuse di incostituzionalità...*

Le reazioni che hanno accolto l'ingresso della messa alla prova nella normativa codicistica sono state, al netto delle differenziazioni, di duplice ordine. Entrambe si risolvono in un avvaloramento di quanto è stato sostenuto con riguardo alle condizioni di legittimità intrinseche della diversione.

Numerose sono le voci levatesi a segnalare forti dubbi sulla costituzionalità dell'istituto. Il rimprovero che viene mosso più di frequente al legislatore è quello di

¹⁴ C.E.D.U., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Guida dir.*, 2009, n. 36, p. 90.

¹⁵ C.E.D.U., sez. II, 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

¹⁶ In questo senso A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 675. Gli spazi per incidere "a valle" (cognizione ed esecuzione) del procedimento sono stati ritenuti insufficienti per ridurre significativamente il carico giudiziario e penitenziario, e si è reso così necessario un intervento "a monte", in questi termini R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 662.

¹⁷ Per tutti, cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300; G. SPANGHER, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 565; M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 982. Per R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., pp. 663 ss., le finalità riconducibili alla prova oscillano tra un'anima "special-preventiva" e un'anima "premiante", a seconda che si privilegi una lettura incentrata sugli interventi progettuali di cui l'imputato si fa carico assistito dalla rete dei servizi, o si focalizzi l'attenzione sul risparmio di energie e di costi per l'ordinamento, a fronte di un trattamento più mite.

¹⁸ 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 *Cass. pen.*, 2012, p. 7.

¹⁹ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. PICCIRILLO, G. SILVESTRI (a cura di), *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili - Rel. dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.cortedicassazione.it, p. 4; Vi è poi chi sottolinea come l'effetto decarcerizzante sia solo indiretto e del tutto eventuale, e che poste le soglie di accesso (sulle quali, si veda il § 2.1.) esso risulta fortemente compromesso, facendone discendere la preminente finalità di alleggerire il solo carico processuale («qui sta la ratio giustificativa», così R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 746; dello stesso avviso M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., p. 371).

aver predisposto uno strumento in forza del quale l'imputato si sottopone «volontariamente all'esecuzione della pena, prima di essere dichiarato colpevole di un reato, peraltro destinato ad estinguersi», con conseguente violazione del principio di non colpevolezza sancito all'art. 27, comma 2, Cost.²⁰. Altri pongono una «seria ipoteca sulla stessa legittimità costituzionale della nuova disciplina» a fronte dell'obbligo, «sia pure consensualmente assunto», di prestare lavoro in favore della collettività e di riparare il danno che pende a carico di un imputato presunto innocente²¹, trattandosi di «una pena che prescinde, in larga misura, da un giudizio di responsabilità, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla costituzionalità di simili scelte»²².

Simili affermazioni contengono un'assonanza evidente con le tematiche affrontate nei capitoli precedenti del presente lavoro, ove si è enunciato cosa *non* può comportare in prima battuta un'alternativa al processo; vi si metteva in luce che la diversione non può causare in alcun modo l'inflizione di una pena, salvo incorrere in una plateale inosservanza del principio *nulla poena sine iudicio*, con conseguente violazione dell'art. 27 co. 2, Cost.

Proprio la violazione di quel principio di ordine costituzionale è quanto viene rimproverato *in primis* agli artt. 464-*bis* ss. c.p.p.

Né varrebbe a giustificare la tenuta dell'istituto una lettura che dia preminenza all'istanza deflattiva che lo attraversa²³, in quanto il «calcolo di economia processuale» avrebbe «certo, rilievo costituzionale», ma su di esso sarebbe «scorretto far leva per derogare alla presunzione d'innocenza», che implica, per come la si è intesa fino ad oggi, un impegno dello Stato nei confronti di tutti i suoi cittadini e dunque non può essere oggetto di occasionali rinunce²⁴.

²⁰ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 746.

²¹ F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1302.

²² A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 239, nota 20.

²³ Un'istanza «così pressante che le riflessioni di principio e razionalità venivano poste decisamente in secondo piano» (R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 662; così anche A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, cit., pp. 1266 s., che parla del «tentativo di deflazionare il carico giudiziario a discapito delle garanzie, sostanziali e processuali, poste a fondamento dell'intero sistema penale»).

²⁴ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., pp. 747 s., che significativamente prosegue: «Una deroga è ragionevolmente ammessa solo se idonea a realizzare in misura più efficace il valore supremo della dignità umana, rispetto al quale la stessa presunzione d'innocenza ha funzione servente. Donde la difficoltà di conciliare questo rito, fondato essenzialmente su ragioni di economia processuale, con l'art. 27, 2° comma, Cost, che vieta di trattare come colpevole chi ancora non è stato condannato con sentenza definitiva».

Particolarmente lucida la critica di chi invita a distinguere con nettezza i due profili, «quello dell'utile, ossia dei vantaggi che la riforma può produrre [...], e quello della conformità ai principi e alle regole che dovrebbero reggere il processo penale, a partire dalle disposizioni costituzionali», e considera la messa alla prova, di nuovo, «una pena 'rieducativa', applicata in pendenza del processo», con tutti i risvolti paradossali, e antisistemici, che ne derivano²⁵.

Nemmeno un parallelismo con la disciplina del patteggiamento potrebbe salvare, secondo tale prospettiva, la normativa in esame, posto che la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare, con la sentenza n. 313 del 1990²⁶, come in quel contesto, diversamente da quanto accade con la messa alla prova, sia comunque il giudice ad infliggere la pena e non l'imputato ad attribuirselo²⁷. Secondo altri poi, pur sussistendo qualche «problema [...] anche per il patteggiamento», con la messa alla prova la situazione è aggravata dalla circostanza che la «pena» viene applicata «non al termine, bensì in pendenza del processo»²⁸.

L'ulteriore àncora di salvataggio che potrebbe essere invocata per difendere la legittimità della norma, ossia il consenso fornito dall'imputato, viene messa in discussione da chi ricorda come il quinto comma dell'art. 111 Cost. copra la rinuncia al contraddittorio come metodo di accertamento, e non la rinuncia all'accertamento *tout court*²⁹.

Anche la sentenza che conclude il procedimento alternativo al processo sarebbe, secondo questa lettura della disciplina, indicatrice delle contraddizioni e della problematicità della normativa in esame. L'esito positivo della prova viene infatti sancito tramite una sentenza che dichiara estinto il reato (art. 464-*septies*, comma 1), in coerenza con quanto stabilito all'art. 168-*ter* c.p. La soluzione prescelta viene

²⁵ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. DANIELE, P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 181. Non mancano tuttavia opinioni discordanti. Vi è chi, ad esempio, prospetta la necessità di una valutazione, sia pure implicita, degli elementi a carico dell'imputato contenuti nel fascicolo per le indagini preliminari, il che attenuerebbe i profili di frizione dell'istituto con il dettato costituzionale, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 829.

²⁶ Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

²⁷ Così, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 748.

²⁸ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 187. Importante sottolineare che alla base di tale lettura vi è sempre la considerazione del contenuto della messa alla prova alla stregua di una vera e propria pena.

²⁹ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 187, che peraltro dubita che la Corte costituzionale dichiarerà mai l'illegittimità dell'istituto in commento, così come del patteggiamento, «troppo preziosi sotto il profilo della deflazione processuale», e indica quale unica via d'uscita, comunque problematica, quella di «considerare l'accertamento della responsabilità come una regola moderatamente disponibile, tale da ammettere che, con il consenso dell'imputato, il giudice possa limitarsi ad una verifica essenzialmente negativa sull'assenza di cause di non punibilità».

definita «stupefacente». Si tratta infatti di una sentenza che dichiara estinto un reato che non è stato accertato ma cui è seguito comunque un trattamento afflittivo, il che la renderebbe «senza dubbio un *unicum*, qualcosa di ribelle ad ogni inquadramento giuridico, inclassificabile nel senso proprio della parola»³⁰.

Ulteriori profili di problematicità rispetto ai principi sanciti in Costituzione sono stati rilevati con riferimento all'ampia discrezionalità di cui gode il giudice nei diversi momenti decisionali che gli sono riservati, in particolare rispetto alla determinazione in concreto della durata del lavoro di pubblica utilità. Ne deriverebbe la tensione con il principio di legalità sancito all'art. 25 co. 2 Cost.³¹. Anche qui, la doglianza di incostituzionalità origina nuovamente da una lettura della messa alla prova in chiave strettamente punitiva: è la pena a richiedere necessariamente, per non incorrere nella violazione del principio di legalità, una rigida predeterminazione in sede legislativa. L'illegittimità della normativa, sostenuta da parte della dottrina, deriva propriamente dalla parificazione del contenuto della prova ad una misura afflittiva. Ciò conferma la tesi secondo cui l'unica strada per costruire ipotesi di diversione legittime sia la rinuncia contestuale, non solo al processo, ma allo stesso strumento punitivo.

Le questioni rilevate sono state oggetto di non poche ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale³². In esse si lamentava la violazione dei principi di uguaglianza, dell'obbligo di idonea motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, di legalità, soprattutto nella forma della tassatività e determinatezza delle pene, ma soprattutto del principio di non colpevolezza sino alla condanna definitiva. Presupposto fondante le assunte violazioni è, ancora una volta, la considerazione del trattamento quale «espiazione di una pena criminale [...] qualificata sia da caratteristiche strutturali e funzionali retributive, specialpreventive, rieducative e di risocializzazione, sia da correlative ripercussioni afflittive e restrittive della libertà personale del soggetto»³³.

³⁰ Ancora P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 186.

³¹ R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., pp. 666 ss.; così anche M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 989; *contra*, C. CESARI, sub art. 464-bis, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2124, che risolve la problematica alla luce del richiamo esplicito in punto di valutazione dell'idoneità del programma all'art. 133 c.p.

³² Trib. Grosseto (1), ord. 10 marzo 2015, in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015; Trib. Grosseto (2), ord. 10 marzo 2015, in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015; Trib. Grosseto (3), ord. 10 marzo 2015, in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015; Trib. Prato, ord. 21 aprile 2015, in G.U. n. 50 del 16 dicembre 2015, sulle quali, per un ampio e circostanziato commento, si v. J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016. Delle tre ordinanze del Tribunale di Grosseto è stata dichiarata la manifesta inammissibilità, per difetto degli elementi necessari alla verifica della rilevanza della questione (Corte cost., ord. 21 settembre 2016, n. 237, in G.U., n. 46 del 16 novembre 2016). Ne deriva che il merito delle questioni di costituzionalità sia tuttora impregiudicato.

³³ Trib. Grosseto (1), ord. 10 marzo 2015, cit.

1.2. ...e la 'via d'uscita' della lettura in chiave riparativa.

Salva invece la disciplina in esame chi vi rinviene, non uno strumento di afflizione a contenuto punitivo, ma un istituto a stampo riparativo.

Sono numerosi i commentatori che hanno da subito rimarcato un'affinità tra lo strumento in parola e le logiche della *restorative justice*³⁴. La menzione della mediazione da un lato, una lettura del lavoro di pubblica utilità in termini di riparazione nei confronti della collettività dall'altro, hanno indotto a ravvisare nella messa alla prova uno «spiraglio verso la realizzazione di un embrionale modello di giustizia riparativa»³⁵, intravedendovi una «prospettiva riparatoria, orientata sia verso la vittima (elisione o attenuazione delle conseguenze del reato; eventuale risarcimento del danno; restituzioni) che verso la collettività (prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale)»³⁶.

I problemi di rilievo costituzionale evidenziati dalla citata dottrina e giurisprudenza sarebbero dunque, secondo quanti si discostano da una lettura in chiave afflittiva della messa alla prova e ne valorizzano il portato riparatorio, da ritenersi insussistenti. Mancherebbe, secondo questa prospettiva, il connotato della «soggezione passiva» dell'imputato propria di un trattamento punitivo, sostituito da un «impegno attivo» che ne renderebbe difficile l'assimilazione ad una pena anticipata³⁷. In altre parole, ci si

³⁴ In tal senso, ad esempio, F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, n. 21, 2014, pp. 63 ss., e M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, cit., pp. 125 ss. Di messa alla prova come «strumento elettivo» della *restorative justice* parla C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit., p. 2130; negli stessi termini F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 154.

³⁵ V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, p. 6.

³⁶ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 12. Non mancano anche pronunce giurisprudenziali che sottolineano la finalità riparatoria e di tutela della vittima dell'istituto, cfr. Cass., (ord.) sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3260, con nota di G. PECORELLA, *La messa alla prova...alla prova delle sezioni unite*. Più cauti, e in una posizione intermedia, gli autori che rilevano un «cambio di rotta» nel senso auspicato dalla giustizia riparativa, ma al contempo denotano l'«indubbia connotazione sanzionatoria» del programma di trattamento, (così M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., pp. 370 ss.), o salutano con favore l'ingresso con la messa alla prova di «questo tipo di approccio» nuovo, ma insieme evidenziano che «la prevalenza di logiche sanzionatorie risulta evidente anche dall'esame dei contenuti della prova» (L. Pulito, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., pp. 79 ss.). La confusione appare poi massima in chi arriva a definirla «la prova delle tre erre: riparazione, rieducazione e retribuzione», A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova* in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 110.

³⁷ C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit., p. 2124; nello stesso senso, G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, pp. 726 ss.; A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura

troverebbe di fronte a «un modello alternativo di risposta al reato che implica la rinuncia all'accertamento del fatto e alla sua punizione» e che ha come obiettivo «non il vedere una sofferenza inflitta al colpevole, ma il ripristino, attraverso l'opera positiva del reo, del patto sociale leso dal crimine»³⁸. Per la stessa ragione, «i soggetti messi alla prova [...] non possono in alcun caso essere reputati “colpevoli”, dovendosi conseguentemente negare che [...] la “responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli” o l'“accertamento della responsabilità penale dell'imputato” possano considerarsi alla stregua di presupposti per l'operatività del tipo di *probation* processuale in oggetto»³⁹. Tutto questo porta parte della dottrina ad escludere la violazione dei principi costituzionali in materia processuale, potendosi rilevare al più un «(pur serio) affievolimento», non però un «annichilimento», della presunzione di non colpevolezza, anche nella considerazione della natura consensuale dell'istituto, costruito *in bonam partem* e in grado di valorizzare ulteriori interessi tutelati dalla norma penale, come le ragioni della persona offesa⁴⁰.

Anche la soluzione scelta dal legislatore per la pronuncia conclusiva della vicenda – il proscioglimento per avvenuta estinzione del reato – viene ritenuta corretta, sempre alla luce del contenuto riparativo della prova e abbracciando la tesi per cui il meccanismo estintivo debba ritenersi applicabile anche in presenza di gradi non omogenei di accertamento, potendo anche imporre «al giudice di dichiarare l'estinzione del reato la cui esistenza è solo ipotizzata»⁴¹.

Senza prendere ancora posizione circa la correttezza di una tale interpretazione dell'istituto, cosa che si farà nei paragrafi che seguono, per ora interessa sottolineare come la stessa dia modo di confermare nuovamente quanto si vuole sostenere nel presente lavoro: prima condizione di legittimità per un'alternativa al processo è che la stessa si componga di percorsi riparativi, e non invece di contenuti retributivi.

di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 9.

³⁸ A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, cit., pp. 1271 s., il quale, pur dovendo «ammettere che l'impronta della giustizia riparativa sulla messa alla prova non sempre risulta chiaramente visibile», sostiene comunque una generale ascrivibilità del programma di trattamento allo «strumentario del modello riparativo» (pp. 1269 s.). La stessa Autrice, peraltro ritiene specificamente necessaria ai fini della concessione della prova una «verifica, almeno sommaria, sul tema dell'imputazione», e giustifica tale sommarietà proprio sull'assunta natura riparatoria, e non afflittiva, della misura, nonché sull'esito proscioglimento cui essa conduce (p. 1275).

³⁹ G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 727.

⁴⁰ C. CESARI, sub art. 464-bis, cit., p. 2124.

⁴¹ A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, cit., p. 1275. Per una critica di simile impostazione, cfr. cap. IV § 1.2.

Nel complesso, tale contrasto interpretativo con le opposte soluzioni adottate testimonia perfettamente quanto si è tentato di esporre in precedenza: da un lato l'impossibilità di rinunciare al processo se non si rinuncia anche alla pena, con il filone che denuncia l'illegittimità della messa alla prova in quanto vi ravvisa propriamente una pena senza processo; dall'altro lato, specularmente, la valida rinuncia al processo qualora il contenuto dell'alternativa sia di tipo riparativo, come sostenuto dal filone che difende la normativa in esame sottolineandone la natura prettamente riparativa e non afflittiva.

Enucleate le posizioni e rilevato come esse diano conferma alle tesi sostenute, è necessario prendere posizione in ordine all'ascrivibilità della messa alla prova tra gli istituti di giustizia riparativa, onde verificare se si tratti di un'ipotesi di diversione che soddisfa le condizioni intrinseche di legittimità descritte, o se al contrario si fuoriesca dal perimetro di un'alternativa al processo legittimamente fondata.

2. La disciplina: profili di ambiguità e distanza dal modello riparativo.

2.1. I limiti d'accesso e il consenso dell'imputato.

La verifica sulla natura riparativa della messa alla prova passa per una disamina della sua normativa. Si intende nello specifico vagliare, tramite un'osservazione di singoli momenti della *probation* prevista per gli adulti, se e come la logica della *restorative justice* sia entrata nei gangli della legislazione, o se piuttosto siano state perseguite istanze differenti da quelle che la caratterizzano, punitive, innanzitutto, ma anche deflative tanto del carico carcerario quanto di quello processuale.

Prima ancora di analizzare il procedimento nelle sue diverse fasi, a partire dalla richiesta di sospensione del procedimento, è interessante capire quali sono, al contrario, le persone cui la disciplina nega tale possibilità.

Le ragioni per cui l'indagato o l'imputato possono vedersi precluso *ab initio* l'accesso all'istituto sono legate alla tipologia del reato addebitato (c.d. limiti oggettivi) e alla particolare qualificazione che l'ordinamento potrebbe aver loro attribuito in ragione dei precedenti penali (c.d. limiti soggettivi). L'art. 168-bis c.p. prevede infatti, sul versante oggettivo, la possibilità di sospendere il procedimento per i reati il cui massimo edittale non superi i quattro anni di detenzione, ai quali devono aggiungersi i reati specificatamente previsti dall'art. 550, comma 2, c.p.p. Sul versante

soggettivo, non deve trattarsi di delinquenti abituali, professionali o per tendenza. Non può poi accedere alla prova chi abbia già usufruito dell'istituto, a tale ultimo fine essendo stata prevista l'iscrizione al casellario giudiziale dell'ordinanza che dispone la sospensione del processo (art. 3, lett. i-bis, d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313).

È interessante operare un rapido confronto con le precedenti formulazioni della norma durante i lavori preparatori. Si erano inizialmente previsti, da un lato, limiti oggettivi più rigidi (reati puniti nel massimo con tre anni di reclusione) e, dal punto di vista soggettivo, maggiore tolleranza: era contemplata una seconda possibilità di beneficiare dell'istituto, purché i reati oggetto dell'ulteriore procedimento non fossero della stessa indole del primo.

L'ampliamento dei limiti oggettivi è stato causato dai dubbi circa la concreta appetibilità dell'istituto espressi dalla dottrina, che aveva evidenziato il rischio di un possibile fallimento, all'atto pratico, della portata deflativa della messa alla prova, in particolare se posta in concorrenza con l'applicazione della sospensione condizionale della pena⁴². Il restringimento dell'accesso dal punto di vista soggettivo, invece, è dovuto al timore di dover difendere scelte non troppo popolari di fronte ad un'opinione pubblica poco incline a comprendere meccanismi che paiono forieri di una sostanziale impunità⁴³.

È utile notare come i limiti siano stati allargati – e ancora se ne chiede l'ampliamento con la proposta di ancorare la sospensione alla pena comminabile in concreto e non rispetto ai suoi limiti edittali⁴⁴ – là dove ad essere toccata è la funzionalità della messa alla prova in termini di economia processuale e carceraria, a conferma degli scopi di natura perlopiù deflativa dell'istituto.

Gli stessi limiti, significativamente, hanno subito il destino opposto quando si trattava invece di avviarsi verso scelte orientate a una reale fiducia nella capacità risocializzante della messa alla prova. In questo modo il legislatore sembra considerare l'istituto, oltre che un mezzo per alleggerire il carico processuale e carcerario, un

⁴² Cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione*, cit., p. 1300, e R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 4.

⁴³ In questi termini, C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit., p. 2125; Anche R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 4, parla di «preoccupazioni securitarie».

⁴⁴ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova*, cit., p. 133, propone di considerare la «pena concretamente applicabile computando le circostanze». Sul punto, la giurisprudenza esclude il computo delle circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria, stabilendo doversi riferire il limite dei quattro anni alla sola pena massima stabilita per la fattispecie-base; così, a seguito di un contrasto interpretativo che si era creato, Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, *C.E.D. Cass.*, n. 267238, Sorcinelli.

“beneficio” a vantaggio di imputati *ab origine* meritevoli di goderne⁴⁵. Una simile impostazione, tuttavia, stride fortemente, soprattutto nell’ottica della giustizia riparativa, con una costruzione delle risposte ai crimini che punti alla restrizione della libertà come *extrema ratio*. La previsione di preclusioni di tipo soggettivo puramente formali e le categorizzazioni rigidamente predeterminate impediscono di adottare l’intervento più idoneo in base alle concrete esigenze e alle caratteristiche del singolo caso. L’individuazione di una risposta al reato condivisa, costruita a partire dal dato concreto della sua dimensione relazionale, è un’esigenza della giustizia riparativa che viene frustrata nel momento in cui si chiude l’accesso agli istituti in forza di qualificazioni formali – delinquente per tendenza, ad esempio – che impediscono di valutare la sensatezza, a dispetto delle etichette, di una soluzione diversa da quelle già sperimentate.

Analoghe considerazioni valgono anche per l’esclusione, sancita dalla legge, nei confronti di chi abbia già usufruito una prima volta della messa alla prova. Ammettere l’applicazione dell’istituto come un *unicum* nella vita di una persona potrebbe rivelarsi, sempre muovendosi in un’ottica riparativa, fonte di rigidità inutile e controproducente: possiamo pensare al caso di due reati commessi a distanza notevolissima di tempo, come anche a reati di natura totalmente diversa e legati a circostanze lontanissime fra loro. Potrebbe ben accadere che la *probation* si riveli una seconda volta, e perché no, anche una terza, la strada migliore ai fini di un percorso di recupero, tanto più se si pensa alle fragilità – dipendenze, disagio sociale, instabilità psicologica ed emotiva – che sovente toccano le persone coinvolte nel mondo dei tribunali. Impedire *a priori* di accedere alla messa alla prova più di una volta potrebbe far perdere occasioni preziose ed è espressione di una rigidità affine più alle logiche retributive che non a quelle della riparazione.

Un discorso a parte merita la prognosi di non recidività, richiesta dalla norma quale presupposto in concreto, assieme all’idoneità del programma di trattamento⁴⁶, per

⁴⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione*, cit., p. 1303, e M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 984. Ciò diviene tanto più evidente se si considera il presupposto della prognosi di non recidivanza richiesto, non come risultato della prova, ma al momento dell’ammissione della stessa.

⁴⁶ Sul quale, *infra*. La giurisprudenza ha rimarcato l’autonomia dei due momenti di valutazione affermando che la sola impossibilità di formulare con esito favorevole la prognosi in ordine alla capacità a delinquere dell’imputato impedisce che quest’ultimo ottenga il beneficio richiesto, indipendentemente dalla presentazione e dall’idoneità del programma di trattamento, così Cass., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 7983, *C.E.D. Cass.*, n. 266256.

l'ammissione al rito (art. 464-*quater* c.p.p.)⁴⁷. La scelta del legislatore di farne un vero e proprio ulteriore limite di accesso ha destato non poche perplessità. La messa alla prova dovrebbe costituire uno strumento «che aspira a confrontarsi con il fenomeno (*lato sensu*) della pericolosità sociale»⁴⁸, e non si vede che utilità essa possa assumere se riservata solo a chi mostra di essere già uscito da un sistema di vita criminoso. Sembra che anche questo limite debba essere letto alla stregua degli altri, ovvero nella considerazione della messa alla prova quale trattamento favorevole elargito dallo Stato a chi, *a priori*, non abbisogna di un intervento punitivo più severo⁴⁹. Da ciò emergono seri indizi circa lo spirito retributivo sotteso all'istituto: stabilendo infatti che può essere sottoposto alla prova solo chi non ha bisogno di percorrere una via di risocializzazione e rieducazione si afferma implicitamente che scopo dell'istituto è quello di punire per il reato perpetrato. Allo stesso tempo, si evince da questa disposizione l'esclusiva fiducia nelle capacità rieducative e risocializzanti del carcere: proprio a coloro che, a parere del giudice, non permettono di formulare una prognosi di futura astensione del reato, viene infatti riservata la prospettiva della reclusione.

L'istanza di sospensione del procedimento per messa alla prova deve essere presentata *ex art. 464-bis*, co. 3 c.p.p. personalmente da parte dell'indagato/imputato,

⁴⁷ Così, L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., p. 79, e A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 682; Si tratta di un meccanismo opposto rispetto a quanto accade nel rito minorile, dove «il periodo di prova è funzionale alla prognosi positiva di risocializzazione del reo» e l'obiettivo è di «consentire la formulazione di un attendibile giudizio prognostico sul comportamento futuro dell'imputato» solo al termine della prova stessa, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 10.

⁴⁸ Oltre al fatto che dovrebbe considerarsi maturata una «consapevolezza delle sistemiche criticità della pena detentiva», M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 984.

⁴⁹ Analogamente, M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 984, che vede una «ritenuta prevalenza della natura di beneficio [...] di cui, quindi, non potrebbero essere ritenuti meritevoli coloro che si trovino nelle indicate condizioni soggettive in esame». Il punto è in realtà dibattuto da parte della dottrina e della giurisprudenza, che tenta di allargare le maglie di un'impostazione altrimenti troppo rigida. Non manca infatti chi tenti di immettere nel ragionamento affidato al giudice un'attenzione alla possibilità che la personalità del soggetto sia «“influenzata” da un percorso trattamentale alternativo rispetto alla “punizione”», R. BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, p. 2. Anche la giurisprudenza ha registrato qualche apertura ad una lettura non troppo rigida del presupposto in parola, ad esempio quando – pur affermando doversi subordinare la concessione del beneficio ad un giudizio prognostico che, sulla base del reato commesso, delle modalità di attuazione dello stesso e dei motivi a delinquere, deve rilevare se il reato commesso possa considerarsi «un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita» – lascia tuttavia trapelare anche una lettura trasformativa della prova, parlando di un giudizio che deve vertere altresì «sull'evoluzione della personalità verso modelli socialmente adeguati» (così incidentalmente Cass., sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2015). Un'altra pronuncia lascia intendere la desiderabilità di un giudizio prognostico che si riferisca al *post* della prova, chiedendo di tener conto, ai fini della prognosi, della «efficacia riabilitativa e dissuasiva dell'istituto», Cass., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 9581, *C.E.D. Cass.*, n. 266299.

o dal difensore munito di procura speciale, secondo un meccanismo che ha lo scopo di fugare ogni dubbio circa la natura consensuale dell'istituto.

Il consenso a partecipare al percorso alternativo, che innanzitutto può essere considerato “vero” solo se è un «precipitato diretto dell'informazione» sul significato della messa alla prova rispetto all'andamento del processo e sulle conseguenze giuridiche e pratiche che discendono dall'una o dall'altra strada processuale⁵⁰, costituisce sicuramente un elemento imprescindibile per gli istituti di giustizia riparativa. Ciò non significa tuttavia che ove sia presente il consenso, ci si trovi di fronte ad uno strumento di *restorative justice*, trattandosi di un elemento necessario, ma non sufficiente: il patteggiamento o il giudizio abbreviato, pur contenendo l'elemento consensuale, non integrano certo istituti di tale paradigma⁵¹. Accanto al consenso debbono esservi la partecipazione attiva e la natura dialogica dell'intervento, espressione di un approccio relazionale al fatto-reato. È poi altamente problematica, nonché impensabile in un'ottica di *restorative justice*, la possibilità data al giudice di modificare le prescrizioni del programma, durante il corso della prova, semplicemente sentendo l'imputato ma senza acquisire necessariamente il suo consenso, e con il solo vincolo di indirizzare le modifiche alle “finalità” dell'istituto (art. 464-*quinquies* c.p.p)⁵². A dispetto della consensualità che dovrebbe essere un elemento che «pervade l'intero meccanismo della prova»⁵³, il giudice potrebbe in questo modo stravolgere quanto concordato in sede di sospensione, e all'imputato non resterebbe altra scelta che quella di adeguarsi alle modifiche apportate unilateralmente, pena il fallimento della prova⁵⁴. Si tratta di un ulteriore indice rivelatore di una prospettiva tutt'altro che dialogica della messa alla prova, che rimanda piuttosto, nuovamente, ad una visione in chiave sanzionatoria in cui il consenso più che teso all'instaurazione di un percorso

⁵⁰ M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 985.

⁵¹ Sugli altri elementi specifici che connotano un istituto di *restorative justice*, cfr. cap. IV, § 2.

⁵² Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 22.

⁵³ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 677.

⁵⁴ È stata definita «significativa la scomparsa, nel testo definitivamente approvato, del riferimento al “consenso dell'imputato” che figurava in quello approvato dalla Camera in prima lettura», R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 24. Unanime la condanna della dottrina sulla scelta del legislatore: «così parrebbe legittimarsi anche un mutamento autoritativo del rapporto consensuale posto, dalla legge stessa, alla base della richiesta», così M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6^a ed., Utet, Torino, 2015, p. 633; analogamente A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 683; per C. CESARI, sub *art. 464-quinquies*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2138, «una volta accettati i termini dello “scambio” tra l'impegno assunto e i benefici processuali e sostanziali che ne derivano, essi non possono essere modificati *ex auctoritate*».

riparativo condiviso, sembra costituire il presupposto per “patteggiare” una pena mite⁵⁵.

2.2. I criteri di decisione.

Numerosi sono gli spazi di discrezionalità assegnati alla valutazione dell'organo giudicante. Essi costituiscono un osservatorio privilegiato per ricavare le finalità sottese dell'istituto e lo spirito che lo anima.

Le determinazioni del giudice connotate da discrezionalità iniziano con quella sull'ammissione alla prova. Anche quando risulti la sussistenza dei presupposti di legge, infatti, «la decisione che il giudice è chiamato ad assumere non appare così “automatica” come la disposizione dell'art. 168-bis c.p. sembra prospettare»⁵⁶, essendo innanzitutto subordinata a una valutazione sull'idoneità del programma proposto dall'U.e.p.e. (art. 464-*quater*, comma 3)⁵⁷. Emerge immediatamente la mancanza di un parametro rispetto al quale operare il giudizio di idoneità⁵⁸, dimenticanza questa che connota pressoché tutti i momenti di discrezionalità del giudice lungo la prova. La norma richiede infatti che il giudizio di idoneità del programma sia svolto in relazione ai criteri stabiliti dall'art. 133 c.p., ma il riferimento non vale a risolvere «l'ambivalenza che sembra caratterizzare la finalità di tale rinvio», in quanto non si comprende se l'attenzione del giudice debba soffermarsi più sulla valutazione del fatto e sulla sua gravità o sulla personalità dell'imputato e la sua

⁵⁵ In questo senso era coerente la proposta di rendere la messa alla prova una vera e propria sanzione alternativa a seguito di un patteggiamento allargato incidente non sulla quantità ma sulla qualità della pena, cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., pp. 1300 ss.

⁵⁶ V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 6; nello stesso senso A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 242; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento*, cit., p. 399; che si tratti di una scelta che lascia al giudice ampi spazi decisorii è confermato dalla giurisprudenza che esclude espressamente, pur in presenza di un reato rientrante nella forbice editale prevista, un «diritto al *probation*» in capo al richiedente, Cass., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 9581, *C.E.D. Cass.*, n. 266299.

⁵⁷ Si prevede infatti, ex art. 464-bis, comma 4, c.p.p., che la richiesta al giudice di sospendere il processo sia accompagnata da un programma che definisca gli elementi contenutistici della prova, redatto, su istanza dell'imputato, dall'U.e.p.e. di concerto con questi. Dell'altro momento di valutazione discrezionale del giudice ai fini dell'accesso alla prova – la prognosi di non recidivanza – si è già detto *supra*.

⁵⁸ Secondo R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 17, «consistendo la “idoneità” in un giudizio di relazione, il legislatore avrebbe dovuto specificare i termini finali di questo giudizio». La mancanza di un «obiettivo» esplicito è sottolineata anche da A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 682. La dottrina ha tentato di colmare la lacuna in via interpretativa immaginando che l'idoneità del programma debba riguardare la sua capacità di «incidere sulla personalità reale del soggetto» (R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento*, cit., pp. 667 s.) e debba avere come connotato principale la rieducazione e la risocializzazione dell'autore di reato (M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento*, cit., p. 401).

cosiddetta capacità a delinquere⁵⁹. È evidente come la scelta dell'una o dell'altra prospettiva cambi totalmente i termini della decisione: nel primo caso si perseguirà un intento prevalentemente sanzionatorio, con tutte le valutazioni del caso di tipo proporzional-retributivo. Nel secondo caso invece si tenderà a uno sguardo sulla persona e alla valutazione sull'utilità della messa alla prova rispetto al suo percorso di vita.

Successivamente, una volta ammessa la prova, il giudice dovrà fissarne la durata. Il legislatore ha determinato esclusivamente la durata massima della prova, distinguendola a seconda del tipo di pena prevista per il reato contestato (art. 464-*quater*, comma 5)⁶⁰, ma per la durata in concreto della prova, oggetto di un'ulteriore valutazione discrezionale del giudice, di nuovo nulla si dice quanto ai criteri per la sua fissazione, né si stabilisce un tetto minimo⁶¹.

Vi è poi la possibilità, sempre in capo all'organo giurisdizionale, di modificare le prescrizioni contenute nel programma, tanto in fase di avviamento della sospensione, *ex art. 464-quater*, comma 4, c.p.p., quanto durante il corso della stessa, sempre senza che sia chiarito l'obiettivo a cui le modifiche debbano conformarsi. Nel secondo caso poi, come si è visto, non è neanche richiesto il consenso dell'imputato, e il generico riferimento alle "finalità" dell'istituto non fornisce alcuna indicazione utile, dal momento che queste non vengono esplicitate.

L'ultimo momento di discrezionalità del giudice coincide con la pronuncia in ordine all'esito positivo o negativo della messa alla prova. L'art. 464-*septies*, comma 1, c.p.p., rubricato "Esito della messa alla prova", dispone che il giudice debba pronunciare sentenza di estinzione del reato quando «ritiene che la prova abbia avuto esito

⁵⁹ M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 987, che più precisamente afferma come l'art. 133 c.p. potrebbe essere letto quale strumento per verificare la «congruità della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto commesso» o, in un'ottica totalmente diversa, con riferimento al «versante della special prevenzione, finendo per attribuire importanza preminente agli indici di capacità a delinquere, parimenti tratteggiati dall'art. 133 c.p.».

⁶⁰ Per i reati per i quali è comminata una pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria), la durata della sospensione non può essere superiore a due anni; se si procede per un reato per il quale è prevista la sola pena pecuniaria, la sospensione può durare al più un anno.

⁶¹ Che si suppone debba comunque essere tale da consentire un effettivo adempimento delle prescrizioni, C. CESARI, sub *art. 464-quater*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2136. In ogni caso la disposizione va letta congiuntamente all'art. 168-*bis*, co. 3, c.p., che fissa la durata minima del lavoro di pubblica utilità in dieci giorni, anche non continuativi, il che di fatto, stante l'obbligatorietà di tale prescrizione, sancisce il tempo minimo per cui la sospensione del processo deve essere disposta. M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 407 suppone verrà effettuata una valutazione correlata da un lato alla gravità del reato, dall'altro alla funzione rieducativa e riabilitativa della prova, con preponderanza dell'uno o dell'altro aspetto a seconda della lettura e dell'interpretazione che viene dato dell'istituto.

positivo». Il che porta a dire, significativamente, che «l'esito è positivo quando il giudice, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto un esito positivo»⁶², rimanendo evidentemente aperta la domanda rispetto agli elementi da cui desumere tale conclusione⁶³.

Unica eccezione a quanto visto sembrerebbe l'ipotesi della revoca della messa alla prova, per la quale la legge stabilisce con chiarezza i casi in cui deve essere disposta. Questi coincidono, *ex art. 168-quater c.p.*, con la grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità e la commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede. Si tratta, a prima vista, di circostanze definite e facilmente verificabili. Tuttavia anche questa disposizione lascia un margine di incertezza nel decidere quando una trasgressione possa essere considerata grave, con ciò riproponendosi il problema iniziale⁶⁴.

Pure al pubblico ministero sono riservati momenti di discrezionalità, slegati da qualsiasi criterio orientativo: nella fase antecedente l'esercizio dell'azione penale, *ex art. 464-ter c.p.p.*, egli può, ove ricorrano i presupposti della prova, informare

⁶² V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 23.

⁶³ A colmare detta lacuna normativa si sono formati diversi orientamenti interpretativi. Un primo orientamento, di stampo oggettivistico, sostiene che il margine di discrezionalità in capo al giudice si traduca in una valutazione globale, «*pro reo*», dell'adempimento delle prescrizioni e del comportamento tenuto, con la possibilità di soprassedere al mancato adempimento, totale o parziale, di alcune prescrizioni ritenute secondarie e non dirimenti per il buon esito della prova (C. CESARI, *sub art. 464-septies*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, pp. 2139 s., la quale però esclude che ciò possa avvenire in caso di rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità, stante l'obbligatorietà e la centralità assegnatagli dalla normativa). Altri autori invece ritengono fondamentale coinvolgere nella valutazione *de qua*, a ragione della vocazione specialpreventiva dell'istituto, anche un'attenzione specifica al percorso di rieducazione e risocializzazione svolto dall'imputato, da cui l'importanza di vedere confermata in sede di estinzione del reato la prognosi sul futuro comportamento sulla cui base la prova era stata concessa. In questi termini P. FELICIONI, *Gli epiloghi*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Wolters Kluwer, Padova, 2014, p. 423; F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, cit., p. 171; A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 243.

⁶⁴ Ritiene debba essere affidata al giudice la più ampia discrezionalità, F. FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 84; nello stesso senso anche P. FELICIONI, *Gli epiloghi*, cit., p. 432; parzialmente contrario invece, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 671, che evidenzia l'importante ruolo giocato da una certa rigidità nell'applicazione della norma ai fini di una sufficiente efficacia intimidatrice del meccanismo. Al giudice spetterebbe una valutazione sia sul piano quantitativo sia su quello qualitativo e lo stesso potrebbe distinguere le prescrizioni ritenute dirimenti da quelle su cui è ammissibile maggiore flessibilità. Altri reputano invece lo spazio discrezionale del giudice minore o inesistente: anche due sole infrazioni, «ancorché minime», imporrebbero la revoca, così A. LOGLI, *La sospensione del processo*, cit., p. 167; F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, cit., p. 164.

l'indagato della facoltà di richiedere la sospensione del procedimento. Tuttavia non trattandosi di un obbligo, pur in presenza dei presupposti di legge, potrà anche omettere di fornire tale informazione, non essendovi criteri che guidino la sua azione.

Di nuovo, nel caso che l'indagato richieda di essere messo alla prova, il pubblico ministero è chiamato a dare o meno il suo assenso alla sospensione, motivando sinteticamente la decisione. Nella prima ipotesi formulerà l'imputazione, facendo riprendere il procedimento *ex art. 464-quater c.p.p.*, altrimenti le indagini proseguiranno il loro corso. Anche in questo caso, come nel primo, manca una chiara indicazione legislativa sui parametri ai quali il pubblico ministero dovrebbe rifarsi per indirizzare le proprie scelte, con tutti i rischi che questo comporta in ordine alla possibilità di creare situazioni di ingiusta disegualianza.

Il “vuoto dei fini” evidenziato, che attraversa la disciplina in tutti i momenti in cui è attribuito al giudice un potere valutativo e decisionale, comporta come prima conseguenza una libertà di interpretazione dell'istituto che può portare a determinazioni opposte in casi anche molto simili⁶⁵. Tuttavia a un'osservazione più attenta si evince che i fini dell'istituto, pur mai esplicitati, fossero in realtà ben chiari al legislatore. Rivelatore è, in tal senso, il riferimento contenuto nell'art. 464-*quater* comma 3 c.p.p. all'art. 133 c.p. Il legislatore infatti, chiamando in causa i parametri preposti alla determinazione della pena in sede di condanna, tradisce di aver operato un'assimilazione della messa alla prova a una pena. Si disvelerebbe così l'«indefettibile mantenimento della funzione sanzionatoria originariamente incarnata dalla pena prevista per il reato oggetto di imputazione»⁶⁶, e coerentemente i giudici vengono chiamati a orientare la loro discrezionalità in forza degli stessi strumenti e nella stessa prospettiva che assumono con riguardo alla determinazione di una pena.

2.3. *La cognizione del giudice.*

L'analisi svolta chiama direttamente in causa una terza problematica, che pure attraversa l'intera disciplina e può essere rilevante ai fini della lettura dell'istituto sotto

⁶⁵ Ad esempio, potrebbe giungersi a conclusioni opposte rispetto alla possibilità per il delinquente recidivo di accedere alla prova. «La legge non considera la recidiva un limite soggettivo» ma «se si valorizza la finalità di recupero sociale della messa alla prova, probabilmente il delinquente recidivo mostra maggiore necessità di un trattamento “alternativo” alla giustizia ordinaria; d'altro canto, si potrebbe sostenere che il delinquente recidivo, con la sua capacità a delinquere, suscita una maggiore esigenza di difesa sociale, con conseguente esclusione, in sostanza, dell'ambito dell'istituto», V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 21.

⁶⁶ M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., pp. 987-988.

le lenti della giustizia riparativa. Se infatti, come abbiamo visto, i criteri che guidano la discrezionalità del giudice dovrebbero fornire le prospettive verso cui far tendere il suo agire, è necessario al contempo che quest'ultimo abbia a disposizione una base conoscitiva della vicenda su cui formare il proprio convincimento, innanzitutto in merito all'ammissibilità o meno della messa alla prova, ma anche relativamente alle ulteriori questioni ad essa connesse, in modo da poter così fondare correttamente le proprie decisioni.

Si tratta di comprendere quale sia la «portata della cognizione svolta dal giudice all'atto dell'ammissione alla prova e al momento della pronuncia della sentenza che dichiara l'estinzione del reato»⁶⁷.

La fase embrionale del processo in cui ci si trova implica necessariamente l'assenza di un accertamento, tanto più nelle forme dibattimentali. La scelta operata in tal senso ha destato non poche perplessità⁶⁸. Nell'intento del legislatore, la questione dovrebbe risolversi alla luce della natura consensuale dell'istituto⁶⁹. Il salto logico che sembra esser stato compiuto tuttavia è una sostanziale equiparazione della rinuncia al processo ad una assunzione di responsabilità dell'imputato rispetto al reato ascrittogli⁷⁰. Non costituendo la confessione un presupposto per la sottoposizione alla prova, ma non potendosi nemmeno far discendere dal consenso il significato di un'attribuzione di responsabilità⁷¹, rimane da capire se e quale grado di accertamento sia necessario per l'ammissione alla prova.

⁶⁷ V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 18; nello stesso senso R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 16, che riconosce l'esigenza di indagare «lo standard cognitivo che caratterizza il rito».

⁶⁸ Cfr. M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 983.

⁶⁹ In questo senso M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 985, il quale afferma che «al consenso, in ultima analisi, è affidato il non trascurabile ruolo di trasformare un presunto innocente, ex art. 27, comma 2, Cost., in un soggetto condannato alla sanzione per il reato oggetto d'inculpazione».

⁷⁰ Il tema sul significato specifico che al consenso si debba dare, se possa cioè esser equiparato ad una confessione rispetto all'addebito mosso, o se, al contrario, sia esclusivamente espressivo della volontà di sottoporsi alla prova a prescindere dalle motivazioni sottostanti e dall'assunzione di responsabilità per il reato, è di particolare delicatezza, e verrà affrontato al cap. VI, § 2.2.

⁷¹ Interpretando infatti la richiesta di essere messo alla prova come un'ammissione dell'addebito, si creerebbe un «pericoloso *vulnus* della presunzione d'innocenza», particolarmente evidente nel caso di riapertura del procedimento. Di conseguenza «dovrebbero esulare dall'attenzione e dalla verifica giudiziale le motivazioni che hanno indotto l'indagato/imputato a prestare il consenso alla richiesta di sospensione del procedimento mediante la messa alla prova, giacché, diversamente, si rischierebbe di schiudere la via ad inammissibili indagini sul grado di convincimento del postulante circa la fondatezza dell'ipotesi accusatoria e, quindi, sulla propria responsabilità», M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 985. Anche secondo R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 18, l'ammissione anche parziale dell'addebito «per una scelta consapevole del legislatore - non costituisce presupposto essenziale della sospensione né nel rito minorile, né nella disciplina dettata dalla legge n. 67/2014». Le ragioni sarebbero da individuarsi sempre nella «potenziale collisione con il diritto di difesa e con la presunzione di non colpevolezza» nonché nell'«effetto disincentivante esercitato sull'imputato dalla prospettiva, in caso di esito negativo della prova, di essere sottoposto a un giudizio il cui esito

Unica certezza cui ancorare la soluzione del quesito è il riferimento dell'art. 464-*quater*, co. 1, all'art. 129 c.p.p., che il giudice è tenuto ad applicare qualora ne ricorrano i presupposti. La posizione più drastica è quella di chi afferma che la messa alla prova implichi la mancanza di qualsivoglia tipo di accertamento sulla colpevolezza. Malgrado in più passaggi della normativa la responsabilità dell'imputato sembri essere «data per scontata»⁷², ad esempio là dove si parla di *nuovi* o *ulteriori* reati, motivo di revoca della sospensione *ex art. 168-quater* c.p., o quando si fa riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti *dal reato* (art. 168-*bis* c.p.), non si dovrebbe cadere nell'errore di equiparare un accertamento «presupposto» con quello «imposto». L'istituto mancherebbe, in questa prospettiva, di qualsiasi forma di accertamento, inteso sia come attività cognitiva, sia come atto performativo di riconoscimento ufficiale della responsabilità, dal momento che «nessuna norma contempla una dichiarazione di colpevolezza, e quanto all'aspetto cognitivo, la sua assenza trova dirette conferme testuali e sistematiche»⁷³.

In una posizione intermedia si colloca chi ritiene che la disciplina in esame richieda comunque, seppur implicitamente, un accertamento sommario sulla colpevolezza. La necessità di un vaglio, anche se approssimativo, nel merito viene desunta da alcuni fattori, e in particolare dal richiamo all'art. 133 c.p., cui il giudice deve fare riferimento nelle sue determinazioni sull'ammissione della prova, e dalla norma che menziona «nuovi» reati commessi (art. 168-*quater* c.p.). La sommarietà dell'accertamento sarebbe in quest'ottica giustificata dal consenso dell'imputato⁷⁴.

sarebbe ipotizzato dalla confessione», audizione di Claudia Cesari, 29.5.2013, come riferita da R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 20.

⁷² F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 10.

⁷³ La distinzione così come le riflessioni che seguono sono di P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., pp. 185 s., secondo cui l'assenza di ogni verifica nel merito sarebbe confermata dalla configurazione processuale dell'istituto, in particolare dalla fase anche molto anticipata in cui esso può trovare applicazione, ma soprattutto dal meccanismo sospensivo del procedimento che lascia del tutto impregiudicato l'esito in caso di prosecuzione dello stesso. L'unica verifica giudiziale imposta al giudice sarebbe la «(non) manifesta necessità di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., [...] presupposto fondante la mera *non contestazione* dell'accusa da parte dell'indagato/imputato», M. RIVERDITI, *La nuova disciplina*, cit., pp. 986 s., impostazione peraltro parzialmente supportata dalla giurisprudenza che parla di una «decisione allo stato degli atti che reca l'accertamento dell'assenza di taluna delle cause di non punibilità menzionate dall'art. 129» (Cass., sez. IV, 20 ottobre 2015, n. 4527, in *Riv. pen.*, 2016, n. 4, p. 340). Se nel normale rapporto tra condanna e proscioglimento, si proscioglie quando non ci sono le condizioni per condannare secondo il principio della prova oltre ogni ragionevole dubbio, qui il rapporto s'invertirebbe: la messa alla prova si applica quando mancano le condizioni per prosciogliere, ove secondo R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 751, il riferimento all'art. 129 c.p.p. «vale a escludere l'*in dubio pro reo*».

⁷⁴ Consenso «con cui rinuncia al processo e accetta l'assoggettamento ad un accertamento giurisdizionale non sorretto dal pieno contraddittorio», A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 681. Sul punto la giurisprudenza ha affermato un principio analogo, sostenendo che «il consenso [...] consente quell'attribuzione del fatto-reato al richiedente necessaria ad offrire un fondamento giustificativo alle misure in cui si concretizza la messa alla prova» (Cass., sez.

Tenta di risolvere per altro verso la questione, chi pretende per l'applicazione dell'istituto in esame un accertamento, se non pieno, sufficientemente approfondito, senza le forme del contraddittorio ma tale da non lasciare dubbi circa l'ascrivibilità del fatto all'imputato.

La necessità di un accertamento effettivo sarebbe supportata, oltre che dal richiamo all'art. 133 c.p. e dalla prognosi di non recidivanza che il giudice è tenuto a compiere, anche dalla circostanza che in caso di buon esito della prova e di estinzione del reato, restano comunque applicabili le sanzioni amministrative⁷⁵.

L'imbarazzo e le difficoltà che la questione relativa al *quantum* della cognizione del giudice tradisce la consapevolezza di aver identificato la messa alla prova con una pena alternativa, la quale quindi richiede, implicitamente⁷⁶, una forma di accertamento⁷⁷. Nelle ambiguità della normativa e nelle lacune normative si rivela

V, 4 giugno 2015, n. 24011, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78). La citata sentenza verte peraltro sulla non necessità della confessione quale presupposto della messa alla prova: il "disagio" creatosi per la sottoposizione dell'imputato a un trattamento afflittivo in assenza di un accertamento pieno aveva infatti portato alcuni giudici a richiedere l'ammissione della responsabilità quale elemento necessario per l'accesso al rito, con pronunce «opportunamente» censurate dal giudice di legittimità (R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 5), salvo poi far entrare dalla finestra ciò che si era fatto uscire dalla porta, attribuendo significato sostanzialmente confessorio al consenso medesimo.

⁷⁵ Cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 667, secondo cui «non può mancare un accertamento ancorché semplificato o "allo stato degli atti"»; in senso analogo, M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014, § 3; nello stesso senso le dichiarazioni secondo cui «la misura presuppon[e] una valutazione, sia pure implicita, circa gli elementi a carico dell'imputato», N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile*, cit., p. 68; per altri ancora, «presupposto (implicito) [...] sembra essere l'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato», L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., p. 79; secondo M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento*, cit., p. 406, «l'accertamento della responsabilità, sebbene non espressamente prescritto dalle norme, è comunque insito nel meccanismo di controllo grazie al richiamo all'art. 129 c.p.p.»; infine per C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit., p. 2126, l'accertamento deve avvenire «in via provvisoria e allo stato degli atti ai fini della sospensione, in via definitiva ai fini della sentenza che dichiara l'estinzione». Anche una giurisprudenza sembra aver avallato tale impostazione sulla scorta di quanto già affermato in tema di messa alla prova minorile: «residua, invero, integra ed irrinunciabile la funzione giudiziaria, come peraltro già constatato a proposito dello sperimentato similare istituto in vigore dal 1989 nel processo penale minorile, di verificare, d'un canto, la sussistenza dei presupposti della rimproverabilità penale, non potendosi mettere alla prova l'imputato innocente o che, per qualunque ragione debba andare esente da pena», Cass., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 9581, *C.E.D. Cass.*, n. 266299.

⁷⁶ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 16 individua proprio nel riferimento all'art. 129 c.p.p. l'esplicitazione da parte del legislatore di «quanto, soltanto per via interpretativa, era stato affermato dalla dottrina e dal giudice delle leggi nell'ambito della messa alla prova "minorile"», ovvero della necessità dell'accertamento di responsabilità. La Corte costituzionale aveva infatti definito tale accertamento un "presupposto concettuale essenziale" della messa alla prova nel processo minorile, cfr. C. cost., sent. n. 125, 14 aprile 1995, in *Foro italiano*, 1995, p. 2403.

⁷⁷ Salvo ritenere, come V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 20, che si tratti di un profilo di cui «evidentemente dovrà essere investita la Corte Costituzionale»; M. Riverditi, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 989, invoca un intervento del legislatore sul punto pena la violazione di principi fondanti del diritto penale. P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., *passim*, dubita della legittimità costituzionale della disciplina, cfr. § 1.1.

l'inevitabile contraddizione in cui si cade pretendendo di "punire" tramite strumenti pensati per essere "qualcosa di diverso" da una pena.

3. *Diversione che punisce e che condanna: il 'perfetto' esempio di alternativa al processo illegittima.*

3.1. *Il lavoro di pubblica utilità, nocciolo afflittivo della prova.*

È in particolare l'obbligo del lavoro di pubblica utilità a mostrare il volto retributivo, e affatto riparativo, dell'istituto, portando gli studiosi a sostenere che «la messa alla prova si risolve nell'applicazione anticipata di una pena»⁷⁸, una «"pena alternativa"» affidata al «giudice della cognizione anziché a quello della sorveglianza»⁷⁹.

Anche la giurisprudenza tradisce incidentalmente la consapevolezza che di punizione si tratta, e non di riparazione, soprattutto per l'obbligatorietà del lavoro socialmente utile, parlando di «misure, queste, il cui contenuto sanzionatorio è messo in luce, in particolare, dalla prestazione di lavoro di pubblica utilità, oltre che dal computo del periodo di messa alla prova ai fini della determinazione della pena da eseguire in caso di revoca (art. 657-bis c. p.)»⁸⁰.

Che il lavoro di pubblica utilità costituisca l'unico presupposto imprescindibile per la concessione e l'esito positivo della prova è peraltro evincibile, stante di nuovo l'ambiguità della norma, solo da una attenta lettura congiunta dell'articolato processuale e sostanziale in merito al contenuto della prova.

Ex art. 168-bis c.p. la messa alla prova «comporta» l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, essendo a tal fine auspicato, «ove possibile», il risarcimento del danno cagionato. In seconda battuta si nomina l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento del programma, che

⁷⁸ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 183.

⁷⁹ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., pp. 684 s.; sulla stessa linea, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 746, che la equipara all'«esecuzione di una pena»; altrove si parla di «richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)», G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, p. 61; M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 982 la considera una «applicazione negoziata della sanzione in vista del conseguimento di un beneficio in termini di quantità e [...] di qualità di pena "concordata"»; per A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 239, si tratta infine dell'«inflizione ed esecuzione di una pena con rinuncia al processo».

⁸⁰ Cass., sez. V, 4 giugno 2015, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78, in tema di non necessità della confessione ai fini della prova, con nota di G. AMATO, *Un presupposto incompatibile con l'istituto*.

può implicare a sua volta l'osservanza di specifiche prescrizioni sia riguardanti il rapporto con i servizi o con una struttura sanitaria, come anche consistenti in indicazioni sulla dimora, sulla libertà di movimento e sull'eventuale divieto di frequentare determinati locali.

Il periodo successivo della norma recita: «la concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità», e prosegue poi con la descrizione delle modalità in cui questa si può svolgere.

Al quarto comma dell'art. 464-*bis* c.p.p. si stabilisce punto per punto il contenuto del programma da allegare all'istanza con la quale si richiede la sospensione del processo. Esso «in ogni caso» prevede: le modalità di coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare e contesto sociale, ove possibile, nel processo di reinserimento sociale; le prescrizioni comportamentali e gli impegni assunti dall'imputato anche allo scopo di eliminare o attenuare le conseguenze del reato, «a tal fine» considerando il risarcimento, le condotte riparatorie e le restituzioni nonché – inciso fondamentale – le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità. Infine si nomina la promozione, di nuovo «ove possibile», di condotte volte alla mediazione con la persona offesa.

Se la norma sostanziale pone in termini di doverosità, con la locuzione verbale «comporta», l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose dal reato, la disciplina processuale stabilisce che a tal fine può essere considerato anche lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, che viene così fatto rientrare tra le ipotesi della lettera *b*) dell'art. 464-*quater* c.p.p.⁸¹.

Malgrado la dizione ambigua della norma, che accosta il lavoro gratuito alle condotte riparative quasi a sottolinearne la comunanza di intenti, un istituto che comporta la prestazione obbligatoria di lavoro in favore della collettività non può dirsi in linea con l'idea di riparazione espressa nel paradigma della *restorative justice*, la quale non deve implicare alcun “dovere” imposto dall'esterno⁸². Il valore della

⁸¹ Il ragionamento è svolto in M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova*, cit., p. 986, che spiega: «tanto il risarcimento e le restituzioni [...], quanto le ulteriori prescrizioni di cui alle lett. a) e c) dell'art. 464-*bis* c.p.p. sono subordinate alla possibilità della relativa concretizzazione. L'unica prescrizione effettivamente condizionante [...] è l'affidamento ai servizi sociali per lo svolgimento di un programma di trattamento funzionale allo scopo di eliminazione o di riduzione delle conseguenze del reato il quale però può «essere conseguito anche solo mediante la prestazione di lavori di pubblica utilità».

⁸² 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», G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa*, (2012-2013), in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, p. 3; cfr. anche F. REGGIO, *La sfida della giustizia rigenerativa*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Il lascito di Atena, funzioni, strumenti ed esiti della*

riparazione, sia agli occhi della vittima che a quelli della collettività, sta infatti nella sua spontaneità, nel suo essere un gesto scelto e meditato, e solo in quanto tale è in grado di ricreare una situazione di “pace sociale” e dare ristoro alla persona offesa dal reato⁸³. Imporre a qualcuno di essere spontaneo è operazione chiaramente impossibile⁸⁴.

In un’ottica di giustizia riparativa non solo è sbagliato imporre il “se” della riparazione, lo è altrettanto imporre il “come”. Il lavoro di pubblica utilità può ben essere considerato uno strumento di riparazione, in particolare per quei reati che mancano della vittima, o quando questa non è disponibile ad avere un contatto con l’autore del reato. Tuttavia deve trattarsi di «un’attività volta alla riparazione del bene giuridico specificamente tutelato dalla norma penale violata, [...] attraverso un *facere* che soddisfi realmente le aspettative della collettività in relazione al tipo di offesa ad essa [...] arrecata». In assenza di qualsiasi relazione logica e psicologica tra il reato e il tipo di riparazione messa in atto, si rimane nell’ambito di una «misura penale non meramente afflittiva e/o vagamente rieducativa»⁸⁵.

Non è dunque un caso che la dottrina parli di «sanzione del lavoro di pubblica utilità», della sua obbligatorietà quale «nocciolo sanzionatorio della nuova misura», da cui deriva «l’asservimento dell’istituto a logiche squisitamente sanzionatorie»⁸⁶.

L’obbligatorietà del lavoro di pubblica utilità fa sì che la messa alla prova non possa considerarsi un istituto di giustizia riparativa⁸⁷ e mostra al contrario la natura punitiva dell’istituto in esame. Essa si riflette inevitabilmente sulla costruzione dell’intero procedimento, il quale, come si è visto, tradisce in più parti la sua lontananza dalle idee e dagli obiettivi di un paradigma che vorrebbe rinunciare all’idea della retribuzione, e che invece in tutto il suo svolgersi è fortemente ancorato a tale prospettiva, a partire dai limiti d’accesso fino alla sentenza conclusiva della vicenda. Ne deriva la mancata realizzazione della prima condizione di legittimità intrinseca

controversia giuridica, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 133: «La *restorative justice* rischia di essere fraintesa laddove il termine “riparazione” venisse connotato in modo “meccanico”». Cfr. cap. IV, § 2.2.

⁸³ Così, R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 36.

⁸⁴ Sul paradosso che si creerebbe, cfr. E. RESTA, “*Fiducia*” nella “*Giustizia*”, in *Min. giust.*, 1996, pp. 68-71. Un obbligo in tal senso «darebbe luogo infatti ad una prescrizione positiva [...] di un comportamento spontaneo, per sua natura incompatibile con un comando», G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa*, cit., p. 3.

⁸⁵ G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa*, cit., p. 9.

⁸⁶ Rispettivamente: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 12, R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 8, e F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 10.

⁸⁷ Nega l’assimilabilità della messa alla prova a un istituto di giustizia riparativa anche R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, pp. 170 s.

enucleata in precedenza, con la conseguente violazione del principio garantista secondo cui non può esservi pena in assenza di giudizio, circostanza correttamente denunciata da buona parte della dottrina⁸⁸.

3.2. *L'estinzione del reato come 'cripto-condanna'.*

Non soltanto la prima condizione di legittimità è disattesa dalla disciplina italiana sulla messa alla prova. Anche la seconda non viene garantita dalla normativa in esame. Si è visto, infatti, come la costruzione di un'alternativa al processo rispettosa del principio *nulla culpa sine iudicio* implichi una conclusione della vicenda per tramite di una pronuncia scevra da implicazioni di merito e contenuti di condanna, anche impliciti⁸⁹.

In caso di esito positivo della prova, il giudice decreta la conclusione del processo con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato (art. 464-septies c.p.p.). A dispetto delle apparenze, tuttavia, non può parlarsi di una pronuncia integralmente liberatoria. Essa, per iniziare, non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie previste dalla legge (art. 168-ter, comma 2, c.p.), cosa che la rende una «singolare sentenza assolutoria»⁹⁰.

La stessa scelta della formula dell'estinzione del reato, come è stato ampiamente argomentato⁹¹, è foriera di inevitabili ambiguità. Si tratta infatti di una pronuncia che tocca il merito della causa, ma che nel codice è stata disciplinata dal legislatore, «forse con troppa disinvoltura»⁹², alla stregua di un'improcedibilità. Essa presenta così da un lato i vantaggi, soprattutto in termini di deflazione giudiziaria, di tale tipo di pronunce, dichiarabili anche in una fase molto anticipata del processo e in assenza di un accertamento, ma comunica all'esterno un messaggio tutt'altro che neutro o liberatorio per l'imputato, a dispetto dell'assenza di ogni verifica sulla sua penale responsabilità⁹³.

⁸⁸ Cfr. § 1.1.

⁸⁹ Cfr. cap. III, § 3.

⁹⁰ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 754; né, secondo G. SPANGHER, *I procedimenti speciali*, cit., p. 561, sembra possa escludersi l'applicabilità della confisca, nulla essendo stato previsto sul punto.

⁹¹ Sul punto, cfr. cap. IV, § 1.2.

⁹² Così, F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 331.

⁹³ L'opinabilità di tale scelta legislativa era stata già rilevata da C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2006, Giuffrè, Milano, 2007, p. 122, con riferimento all'art. 35 d.lgs n. 274/2000, l'estinzione del reato per condotte riparatorie in sede di giurisdizione di pace, secondo cui «questa ipotesi [...] tra quelle previste come alternative alla punizione nel sistema del giudice di pace è quella più ambigua».

Molto più sembra dunque trattarsi di una «cripto-condanna»⁹⁴, una pronuncia di proscioglimento che cela una sottesa natura afflittiva⁹⁵. E difatti la giurisprudenza si è chiesta, con riferimento alla «problematica relativa al contenuto della sentenza», se la stessa «debba limitarsi a dichiarare estinto il reato, senza alcuna pronuncia in fatto, o se una, pur concisa, esposizione del fatto e della ascrivibilità della condotta all'imputato debba esservi»⁹⁶.

Anche la possibilità, prevista dall'art. 464-*sexies* c.p.p., di acquisire su richiesta di parte, oltre alle prove non rinviabili, quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, tradisce la stessa consapevolezza. Un proscioglimento si avrebbe infatti anche nel caso della sentenza che dichiara di non doversi procedere per estinzione del reato. Il legislatore sembra autorizzare in realtà l'acquisizione di quelle prove che condurrebbero ad un proscioglimento reale, e non fittizio, quale è quello integrato dalla pronuncia di estinzione del reato.

Anche la seconda condizione di legittimità, una sentenza che nulla dica sul merito della vicenda, cioè la pronuncia di non procedibilità in senso proprio, non viene dunque realizzata dalla disciplina italiana della messa alla prova per adulti, con ciò confermandosi la posizione di chi ritiene l'istituto in contrasto con i principi costituzionali che reggono la materia del processo penale. Tutte le ambiguità rilevate lungo la disciplina derivano propriamente dall'aver costruito un'alternativa al processo senza aver posto le basi di una sua certa legittimità. Le voci che si sono immediatamente levate a sostenere l'incostituzionalità dell'istituto rilevano esattamente questi profili: la comminazione di una pena in assenza di processo e la pronuncia di una sentenza fintamente liberatoria.

3.3. *Il pericolo di una retribuzione efficientista mascherata da riparazione.*

Dopo aver argomentato le ragioni dell'incostituzionalità della misura, per non sottacere gli aspetti positivi ricavabili dalle riflessioni proposte, l'istituto della messa alla prova come disciplinato dagli artt. 464-*bis* ss. c.p.p. ha il merito di far emergere con forza i rischi connessi alle alternative al processo quando non siano

⁹⁴ Di «cripto-condanna» parla F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 9.

⁹⁵ Nelle parole di A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 240, una «causa estintiva (di chiara ispirazione processuale) che consegue all'inflizione di un trattamento sanzionatorio senza giudizio di responsabilità».

⁹⁶ V. BOVE, *Messa alla prova per adulti*, cit., p. 23.

sufficientemente ragionate, incentivando in reazione a ciò un dibattito su tematiche ancora poco conosciute e studiate nel panorama italiano.

I rischi di una intensificazione del controllo sociale sono invece oramai ben noti⁹⁷, in particolare nel panorama scientifico internazionale nel quale la sperimentazione di strumenti alternativi al processo è in corso da più tempo. In particolare è conosciuta «tra le derive insidiose delle politiche repressive tanto di moda»⁹⁸, quella della trasformazione in chiave punitiva di strumenti originariamente pensati come alternative all'afflizione retributiva. Proprio in tema di messa alla prova è stato rilevato, con la lucidità tipica di Garland, «uno spostamento dall'orientamento assistenziale a quello punitivo» con conseguente esaltazione delle finalità «retributive, neutralizzative e deterrenti» sicché «la *probation* non rappresenta più un'alternativa socialmente utile alla detenzione, ma è a tutti gli effetti una pena da scontare con il coinvolgimento della comunità»⁹⁹.

La messa alla prova svela la sua natura punitiva con la previsione dell'obbligo di lavoro di pubblica utilità, una sanzione negativa¹⁰⁰ che afferisce alla libertà personale e di movimento.

Che sia tramite misure restrittive della libertà o restrittive della capacità economica¹⁰¹ della persona, simili metamorfosi denotano la difficoltà a rinunciare a

⁹⁷ È di A. CIAVOLA, *La mediazione come strumento privilegiato della giustizia riparativa*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma, Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015, p. 197, l'invito a «sfuggire da quella che si potrebbe indicare come “tentazione afflittiva”, non cadendo nella trappola di un'applicazione repressiva della *restorative justice*».

⁹⁸ C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria “dignitosa” del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari – Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Università Cattolica del S. Cuore, sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 118.

⁹⁹ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 2006, pp. 289 ss. Per un'analisi dell'analoga evoluzione dell'istituto della *probation* in Gran Bretagna, alla luce di quella ‘*punitive tendency*’ degli ultimi anni, cfr. A. GOODMAN, *Probation into the Millenium: the Punishing Service?*, in R. MATTHEWS, J. YOUNG (eds.), *The New Politics of Crime and Punishment*, Willan Publishing, Cullompton/Portland, 2003, pp. 199 ss.; si vedano anche le riflessioni sul punto di C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria “dignitosa” del diritto penale*, cit., pp. 118 s.

¹⁰⁰ Diverso sarebbe parlare di sanzione nel significato positivo del termine, ovvero uno strumento che ‘sancisce’, non attraverso l'inflizione di un male, la validità di una norma. In tal senso esso è perfettamente compatibile con la *ratio* e il funzionamento della diversione, cfr. sul punto F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in R. MOOS (Hrsg.), *Festschrift für Udo Jassonek*, Neuerwissenschaftlicher Verlag, Wien, 2002, p. 329. Illegittimo invece ricorrere a sanzioni in senso negativo, che determinino «ein Nachteil [...], der präventive Zwecke verfolgt und an ein Unrecht anknüpft (uno svantaggio (sanzione) che persegue scopi preventivi ed è correlato ad un'afflizione)», R. WALTER, K. ZELENY, *Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2001, p. 449.

¹⁰¹ Il riferimento è alla forma più discussa di diversione disciplinata nell'ordinamento austriaco, che al § 200 öStPO prevede la *Geldbuße* – ovvero il pagamento di una somma di denaro allo Stato – quale concreta modalità di fuoriuscita anticipata dal circuito giudiziale. Tale forma di diversione è di gran lungo la più criticata dalla dottrina, che non esita a compiere un parallelo con le indulgenze della Chiesa

categorie di pensiero e logiche fortemente radicate nella società¹⁰², talvolta pronta a rinunciare al retribuzionismo e alla sua logica vendicativa¹⁰³ a parole, ma non anche nei fatti. La messa alla prova per adulti, con le numerose ambiguità descritte, la fumosità degli obiettivi ultimi e soprattutto con l'obbligatorietà dei lavori socialmente utili, ne è una chiara dimostrazione.

Si tratta di dinamiche affatto innocue. Esse comportano non un avanzamento, bensì una retrocessione nella cultura del diritto penale e processuale, nascondendo dietro al nome 'mite' della riparazione il volto ben più arcigno di una pena priva di quelle garanzie che l'illuminismo ha invece reso irrinunciabili. Si aprono le porte, in questo modo, a un paternalismo punitivo assai pericoloso, svincolato dalla stretta legalità e sostanziale e processuale. L'unico modo per permettere in prima istanza l'ingresso delle alternative al processo nell'ordinamento è dunque rispettare rigorosamente i criteri di legittimità intrinseci che sono stati individuati, cioè la non punitività della misura e la sua 'ufficializzazione' tramite una sentenza sul processo e non sul merito, condizioni rese possibili da un connubio autentico tra diversione e giustizia riparativa.

Anche il rispetto di queste due condizioni, tuttavia, non risulta sufficiente. Ad esse devono accompagnarsi le condizioni di legittimità che rendono la diversione compatibile con il sistema processuale in cui vanno ad inserirsi.

medioevale: nobile la loro intenzione, assicurare il perdono dei peccati, meno nobile la loro vendita se votata a rimpinguare le casse dello Stato. Allo stesso modo «der Diversion wohnt ein edler Gedanke inne, nämlich den Täter durch aktive Mitwirkung statt durch passives Erdulden der Strafe zu einem Ausgleich der Wertverletzungen durch die Straftat beitragen zu lassen. Wird dieser edle Gedanke aber zu einer Begründung des Freikaufens von der Strafe durch eine Geldleistung an den Staat ohne Verfahren und rechtsstaatliche Garantien der Strafverfolgung missbraucht, weht der penetrante Geruch des Ablasshandel durch die Hallen staatlicher Strafverfolgung» (la diversione è abitata in sé da una motivazione nobile, ossia rendere partecipe l'autore attraverso un coinvolgimento attivo alla riparazione del valore leso con il reato invece che fargli subire passivamente la pena. Se però tale nobile intento diviene illegittimamente la scusa per un acquisto della libertà tramite un pagamento senza processo e senza le garanzie dell'esercizio dell'azione penale, allora aleggia nelle aule della giustizia penale il penetrante odore delle indulgenze», P. PERNTHALER, C. RANACHER, *Der verfassungswidrige "Ablasshandel"*, cit. p. 288. La natura sostanzialmente punitiva della misura in assenza delle garanzie del giusto processo portano gli A. a denunciare l'illegittimità della normativa (p. 282).

¹⁰² La questione è ampiamente ed efficacemente descritta da M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pp. 30 ss.

¹⁰³ Cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 96 ss.

Cap. VI

Per una legittimazione ‘estrinseca’ delle alternative al processo: il crocevia del consenso

1. *La consensualità della diversione.*

1.1. *Quale libertà nel consenso?*

Nei precedenti capitoli sono state indagate le condizioni di legittimità della diversione necessarie a garantirne la legittimità ‘interna’, in qualità di modello autonomo di risposta al reato, e che si sono per questo chiamate condizioni di legittimità intrinseche. Si è così visto che le alternative al processo, per non risolversi in uno strumento iniquo, non possono comportare né la comminazione di un trattamento a carattere punitivo né l’attribuzione esplicita o implicita di responsabilità, posto che entrambi gli eventi, *poena* e *culpa*, necessitano inderogabilmente di un giudizio. La realizzazione di tali condizioni si può ottenere, secondo quanto proposto, nel connubio tra diversione e giustizia riparativa; esso permetterebbe, da un lato, di reagire al fatto-reato con strumenti privi di contenuti punitivi ma ugualmente orientati verso obiettivi di prevenzione; dall’altro, di chiudere la vicenda con una pronuncia di improcedibilità, la quale, nulla dicendo sul merito della causa, evita la propagazione di effetti stigmatizzanti. Si è tentato in questo modo di porre le basi per la costruzione di alternative al processo legittime, che cioè, considerate come autonomo modello di reazione all’illecito, risultino coerenti con i principi garantistici che regolano la materia penale.

La diversione, tuttavia, non costituisce uno strumento di politica criminale generalizzabile ed autosufficiente, capace di sostituire *in toto* il modello classico di giustizia. Essa, al contrario, esiste e si dirama all’interno del sistema processualpenalistico ordinario, e con i principi e il funzionamento di questo deve fare i conti. Inevitabile dunque mettere in relazione le alternative al processo con l’ordinamento processuale nel suo insieme, allo scopo di verificarne la compatibilità ed estrapolare le condizioni di legittimità ‘estrinseche’, ossia quelle relative non allo strumento in sé e per sé, ma al suo innesto nella macchina della giustizia e al rapporto con questa. Nei paragrafi che seguono dunque si tenterà di individuare ed enucleare le condizioni necessarie affinché la diversione possa ‘entrare’ nel contesto del processo penale italiano, senza

minarne le fondamenta e la funzione di garanzia, ma allo stesso tempo mantenendo intatte le caratteristiche sue proprie.

Sotto questo profilo, centrale risulta il tema del consenso delle parti. Malgrado la scarsa attenzione che sul punto era stata data nelle prime sperimentazioni di *diversion* negli Stati Uniti¹, il consenso dell'accusato rappresenta infatti un presupposto irrinunciabile per l'attivazione di un'alternativa al processo. La fuoriuscita dai binari processuali comporta il venir meno degli assetti garantistici di cui il rito penale si compone, diritto di difesa *in primis*. Simile rinuncia presuppone la piena e consapevole adesione dell'interessato, come già negli U.S.A. veniva auspicato dai commentatori più attenti² e come risulta imprescindibile in un contesto improntato al diritto al *fair trial* sancito dall'art. 6 C.e.d.u.³ e al giusto processo disegnato dall'ordito delle norme costituzionali. I documenti sovranazionali in tema di *diversion* non fanno che confermare tale necessità⁴.

Il consenso alla diversione si presenta così come il momento d'innesto tra la stessa e il processo penale, requisito irrinunciabile in forza del quale al rito ordinario si sostituisce lo strumento alternativo capace di chiudere anticipatamente la vicenda: ciò lo rende punto di osservazione privilegiato per l'analisi dei rapporti tra i due sistemi.

Come è stato chiarito dalla Corte E.d.u., interrogarsi sul consenso, inteso come rinuncia alle garanzie del *fair trial*, significa anzitutto interrogarsi sulla sua genuinità⁵. La riflessione sulla legittimità 'esterna' della diversione passa dunque in prima battuta per il problema della effettiva 'volontarietà', nella cornice del processo penale, del consenso⁶.

¹ Cfr. cap. I, § 1.3, in particolare nota 47.

² «But pre-judicial methods that seek to place the juvenile under substantial control in his pattern of living without genuine consent are not permissible»; «it is essential that acceptance of the bureau's services be voluntary; otherwise the dangers and disadvantages of coercive power would merely be transferred from the juvenile court to it», PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (ed.), *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967, pp. 16 e 21.

³ Il punto è stato toccato al cap. II, § 2.1.

⁴ Cfr. cap. II, §§ 1 e 2. Già la Raccomandazione R. (87) 18, alla Sez. I, lett. a), § 12, rimarca la centralità del consenso ai fini della predisposizione di programmi alternativi al processo qualora presuppongano una partecipazione attiva dell'accusato.

⁵ La sentenza Corte eur., 27 febbraio 1980, Deewer c. Belgio, n. 6903/76, §§ 50-56, paventa infatti la possibilità di rinunciare ai diritti contenuti nell'art. 6 C.e.d.u. purchè siano rispettate determinate condizioni, in grado di garantire la libertà del consenso. Come si è già avuto modo di vedere (cap. II, § 2.1, nota 40), la giurisprudenza della Corte richiede in particolare che l'imputato (o l'indagato) abbia assunto piena consapevolezza delle conseguenze della propria scelta e non sia sottoposto ad alcuna forma di pressione, diretta o indiretta, nelle sue determinazioni. Per un ampio e sottilmente critico commento a tale pronuncia, si richiamano le riflessioni di D. NEGRI, *Deroche al contraddittorio e consenso delle parti*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, Roma, 2016, p. 481.

⁶ «Die Zustimmung des Empfängers des Diversionsangebots ist zentrale Voraussetzung der Verfahrensablenkung. Ohne sie wäre in der Tat die Grundrechtsphäre des Betroffenen beeinträchtigt [...]. Das Freiwilligkeitselement [ist] praktisch, dogmatisch und auch kriminalpolitisch von fundamentaler Bedeutung», (il consenso di chi riceve la proposta di diversione è presupposto centrale per la deviazione

Interrogarsi sulla legittimità ‘estrinseca’ di un modello di diversione implica la presenza di un sistema al quale rapportarlo. Alla luce dunque delle esperienze straniere e della riflessione che in quei contesti è stata prodotta, nonché nel costante riferimento alle fonti sovranazionali, si intende affrontare la questione del consenso calandola nella realtà costituzionale italiana. Se infatti il processo penale altro non è che «diritto costituzionale applicato»⁷, non diversamente deve essere per la diversione. A partire dalla questione del consenso e della sua libertà, ci si propone in questo modo di sondare la praticabilità di un suo innesto nel nostro tessuto normativo⁸.

La volontarietà del consenso relativo alle alternative al processo, anche in quegli ordinamenti in cui la diversione è una realtà normativa da tempo, è stata più volte messa in discussione. Come potrebbe dirsi libera una scelta che ha come conseguenze la possibilità in un caso di evitare il processo penale e nell’altro di incorrere certamente nel giudizio, forse anche nella condanna e nella comminazione di una pena? Non può certo parlarsi di una scelta scevra da forti condizionamenti. Di fronte alla proposta di una diversione la prospettiva alternativa è pur sempre quella di un giudizio penale, con tutte le incognite in quanto a costi, tempi ed esiti, che esso comporta. Alcuni autori hanno dunque espresso forti perplessità⁹, ritenendo la scelta tanto condizionata da invalidare la

del processo. Senza di esso verrebbe di fatto lesa la sfera dei diritti fondamentali dell’interessato. [...] L’elemento della volontarietà [è] di importanza fondamentale sotto il profilo pratico, dogmatico e anche criminal-politico), F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in R. MOOS (Hrsg.) *Festschrift für Udo Jassonek*, Neuerwissenschaftlicher Verlag, Wien, 2002, pp. 333 s., che riprende H.V. SCHROLL, sub § 42, in H. FUCHS, E. RATZ (Hrsg.), *Wiener Kommentar*, Manz, Wien, 2000, Rz. 12.

⁷ L’espressione è di G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 522, e viene ripresa da D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell’Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti e processo penale nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 13 ss., il quale rimarca come «le costruzioni dogmatiche e gli assetti conferiti dal legislatore al codice di rito, quantunque riflettano caratteristiche profondamente connaturate al fenomeno processuale, vanno pur sempre commisurate al dover essere di quest’ultimo, rappresentato dal paradigma del “diritto costituzionale applicato”», p. 28.

⁸ Si chiarisce subito che il consenso cui ci si riferisce non coincide con quello contemplato dall’art. 111 Cost., comma 5, Cost. In esso, come limpidamente spiegato in tema di messa alla prova per adulti da P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. DANIELE, P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 187 ss., si prevede la possibilità per l’imputato di rinunciare consensualmente all’accertamento *nelle modalità* del contraddittorio, e non invece all’accertamento *tout court*, come le alternative al processo invece postulano. La riflessione sul consenso in tema di alternative al processo non può dunque appoggiarsi, nel contesto italiano, a tale norma, dovendo trovare altrove il proprio fondamento. Di più, *infra*.

⁹ La strutturale disparità di forza tra i soggetti coinvolti nel rapporto processuale porta a dubitare della stessa configurabilità di un consenso in termini di effettiva volontarietà dell’accusato, così D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., p. 485. In particolare l’A. mette in luce il dubbio che «bastassero la strutturale, profonda asimmetria di poteri a tutto svantaggio dell’imputato e il normale timore di andare incontro a sorte peggiori affrontando la sfida in sé rischiosa del dibattimento per considerare il postulato del libero abbandono dei propri diritti comunque compromesso alla radice nel settore del processo penale, carico di una dose congenita di violenza sull’individuo (incombente o effettuale) incompatibile con negozi dispositivi frutto di autentica scelta». La critica è certo radicale, e mette in discussione – appunto – alla radice la percorribilità di simili strade.

manifestazione di volontà del singolo, e così mettendo in discussione alla radice la praticabilità della via alternativa¹⁰. Anche chi ritiene l'istituto percorribile e auspica anzi un sempre maggiore ricorso a strumenti siffatti non nasconde il carattere relativo della volontarietà su cui si fondano¹¹, ritenendolo però un male minore rispetto alla negazione di qualsiasi strada alternativa al processo¹².

Garantire la prestazione di un consenso perfettamente libero e privo di condizionamenti – non occorre scomodare la lunga tradizione della filosofia occidentale per dirlo¹³ – è sfida impossibile. Né è possibile indagare le ragioni che portano ad una determinata scelta da parte della persona sottoposta al procedimento, posto che si tratterebbe di un'illegittima intrusione nella sfera interiore della persona e che in ogni caso qualsiasi decisione presa mantiene dei caratteri di insondabilità, per cui «es wird keiner auch noch so psychologisch durchgearbeiteten Strafprozessordnung je gelingen, alle Motivationen für eine Prozeßklärung zu durchleuchten»¹⁴.

La dottrina austriaca ha tentato di risolvere la questione rimarcando come la diversione costituisca non un ricatto cui sottoporre l'indagato, ma al contrario un'opportunità in più che l'ordinamento gli offre, in assenza della quale il procedimento comunque proseguirebbe il suo corso; il processo in quest'ottica non incarnerebbe una minaccia¹⁵, la conseguenza negativa del rifiuto o del fallimento della diversione, ma semplicemente

¹⁰ Cfr. R. WALTER, K. ZELENY, *Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2001, p. 449.

¹¹ Cfr. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 332.

¹² Cfr. per tutti R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 34.

¹³ È stato da tempo messo in luce come sarebbe a rigore impossibile parlare di libertà in termini assoluti, posto che ogni decisione porta con sé delle conseguenze, buone o cattive. Si tratta di un vero e proprio paradosso, che deriva dal fatto che «tutte le azioni che si compiono per paura di mali maggiori o in vista di qualche bene, è dubbio se siano involontarie o volontarie», ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, in ID., *Opere*, vol. VII, Laterza, Bari, 1993, III, 49, 1, 1110-a (come citato in L. MARAFIOTI, *Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 133).

¹⁴ Ovvero come «nessun sistema processuale penale per quanto elaborato sotto il profilo psicologico riuscirà mai a far luce su tutte le motivazioni che conducono ad effettuare una certa scelta di strategia processuale», U. Jesonek, come citato in F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement*, cit., p. 332. Nel panorama italiano, è stato detto che, a dispetto del «pericolo sotteso (anche) a questo scambio [...] che il consenso espresso [...] sia spurio, utilitaristico, in quanto finalizzato alla riduzione della propria sofferenza (libertà o anticipazione del ritorno in libertà) e non di quella della vittima (con ulteriore sua vittimizzazione)», tale rischio «non può certo travolgere chi sia realisticamente consapevole che l'intero contesto penale inevitabilmente condiziona i comportamenti – in qualsiasi nobile modo siano essi codificati – nel senso di una riduzione della sofferenza legalmente infliggibile», G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa*, in *L'Eco dell'Issp*, 2012-2013, www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, p. 5.

¹⁵ Sulla criticità di un utilizzo del processo penale come 'minaccia' per l'accusato, cfr. A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, cit., p. 239, perplesso sulla «consacrazione del ruolo intimidativo del processo».

la strada ordinaria e inevitabile, sussistente in ogni caso¹⁶. Un ruolo particolare – anche stando alla giurisprudenza della Corte E.d.u. – riveste la completezza e l’esaustività delle informazioni che devono essere assicurate all’accusato circa i propri diritti e le conseguenze delle scelte operate¹⁷.

Tali considerazioni risolvono solo parzialmente le problematiche relative al consenso nell’ambito della diversione e – malgrado la condivisibilità dell’appello a non cadere in un’idea «romantica» delle alternative al processo¹⁸ – non esonerano dalla responsabilità di immaginare soluzioni per far sì che lo stesso, pur in un contesto complesso come quello del processo penale che resta sullo sfondo, sia il più libero possibile. Per dirla con parole altrui, «siamo in una di quelle regioni dell’esperienza ove la difficoltà del riscontro positivo circa il pregiudizio arrecato al valore in gioco – qui, la scelta abdicativa dell’accusato lasciata libera da interferenze indebite – imporrebbe piuttosto la predisposizione di garanzie istituzionali e di struttura processuale tali da eliminare o ridurre al massimo sul piano oggettivo il rischio che la lesione si verifichi»¹⁹.

Interrogarsi su come questo possa accadere significa proprio indagare le correlazioni tra diversione e processo, in particolare tra diversione e principi di garanzia. Il tema del

¹⁶ Cfr. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 333: «Er wäre aber [...] ohne die Option der Diversion nicht besser gestellt. Das ist der entscheidende Punkt» (egli *senza* l’opzione della diversione non si troverebbe in una posizione più favorevole. Questo è il punto decisivo).

¹⁷ Sul punto, cfr. D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., p. 491, che specifica: «requisito centrale diviene lo stato di consapevolezza di chi si accinge ad abbandonare molta parte dei propri diritti fondamentali, declinato nel duplice aspetto della conoscenza dei fatti contestati e degli elementi probatori raccolti a sostegno, da un lato, e dell’informazione ricevuta circa le facoltà esercitabili nel processo unita alla comprensione degli effetti giuridici derivanti dalla scelta di disporne, dall’altro lato». Nell’ordinamento austriaco, il § 207 öStPO detta regole precise sul punto: la persona deve essere resa ampiamente edotta dei suoi diritti e della sua posizione giuridica, in particolare delle condizioni necessarie per la rinuncia al perseguimento formale del reato, della necessità del consenso e della possibilità di pretendere in ogni momento la continuazione del processo ordinario, oltre che di tutte le circostanze che comportano la ripresa dello stesso. Solo un’informazione completa sarebbe infatti in grado di rendere «aushaltbar» (sopportabile) una frizione con il principio di non colpevolezza che secondo certa dottrina rimane per certi versi «unvermeidlich», insopprimibile (M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, p. 152). Viene assegnato in questa fase un ruolo centrale all’apporto degli avvocati da F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 333.

¹⁸ L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 305. L’espressione è poi ripresa da G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, p. 156, che – con particolare riferimento alla mediazione penale ma in un ragionamento estendibile anche alle altre alternative al processo – invita a «fugare talune perplessità emerse con riferimento alla circostanza che il consenso alla mediazione [...] possa essere in qualche misura inquinato dagli scopi “utilitaristici” dell’imputato [...] o del querelante» e a non pretendere «che il consenso alla medesima sia indipendente da qualsiasi motivazione diversa da un autentico ravvedimento morale e da un’altruistica capacità di perdono».

¹⁹ D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., p. 489.

consenso si rivela così il crocevia in cui si innesta e da cui dipende la legittimità ‘estrinseca’ delle alternative al processo.

Prima di inoltrarsi su quel terreno, tuttavia, è necessario chiarire meglio cosa si intenda per ‘consenso’ nell’ambito della diversione. La presenza del consenso nella diversione è infatti pervasiva. Esso deve sussistere quale presupposto indefettibile all’avvio della procedura e permanere lungo tutto l’arco della sospensione del processo penale, rimanendo liberamente revocabile in ogni momento²⁰. Cionondimeno non è possibile parlare di consenso in termini unitari, almeno non prima di aver individuato e isolato i momenti a carattere consensuale, diversi fra loro e con caratteristiche specifiche, che segnano il tempo della deviazione dal processo.

In particolare, parlando di ‘consenso’ in diversione, ci si riferisce ad una duplice realtà, a due specifici aspetti della consensualità. Il primo attiene al consenso *alla* diversione, ovvero l’atto con il quale le parti processuali, pubblico ministero e imputato, esprimono la volontà di sospendere il procedimento per avviare l’*iter* alternativo. Si tratta dunque di un consenso di natura e rilevanza *processuale*, ed è su questo che, per verificare la compatibilità della diversione con il sistema processuale nel suo complesso, devono concentrarsi le attenzioni²¹, non prima di averne indagato il contenuto specifico²².

La seconda tipologia di consenso che caratterizza l’istituto in oggetto è invece di natura latamente *sostanziale*, in quanto afferisce al contenuto di tipo riparativo delle alternative al processo. A tal proposito si parlerà di consenso *nella* diversione.

La questione della volontarietà del consenso attiene ad entrambi i momenti, processuale e sostanziale, presi isolatamente. E tuttavia si ritiene – ed è quanto si cercherà di spiegare – che dalla libertà del consenso *alla* diversione – la cui garanzia costituisce la condizione di legittimità ‘estrinseca’ dell’istituto – dipenda, direttamente, la libertà del consenso *nella* diversione nonché, indirettamente, la legittimità ‘intrinseca’ della diversione²³.

Prima di addentrarci nella questione specifica, occorre tuttavia soffermarsi sul contenuto e sul significato di entrambi i momenti consensuali.

²⁰ Di più, *infra*.

²¹ Cfr. § 2.

²² È quanto si tenterà di fare al § 1.3.

²³ «Basta richiedere che un siffatto consenso sia consapevole e spontaneo, cioè frutto di una libera scelta», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 156.

1.2. *Il punto di vista processuale: il consenso alla diversione.*

Il primo profilo di consensualità della diversione che si palesa nel suo svolgimento dinamico, nonché quello che maggiormente verrà approfondito in questa sede, afferisce alla disponibilità espressa in sede processuale dalle parti a fuoriuscire dai binari della giustizia formale per intraprendere il percorso alternativo: il consenso alla diversione, espressione del potere dispositivo delle parti massimamente penetrante, capace di incidere non tanto sul *quomodo*, ma direttamente sull'*an* del processo.

La presenza nel processo penale di profili dispositivi, ovvero di situazioni nelle quali, nell'ambito dei «rapporti tra giudice e parti» è riscontrabile «la prevalenza di queste ultime nella dinamica processuale in ordine all'instaurazione del procedimento, alla sua conduzione ed alla selezione del materiale probatorio necessario alla decisione», è questione che solo recentemente è stata oggetto di una riflessione generale e sistematizzata, essendo stato il principio dispositivo per lungo tempo relegato all'ambito civilistico perchè «ritenuto la proiezione processuale del potere di disposizione sui diritti privati accordato ai rispettivi titolari»²⁴.

Simile concezione era particolarmente marcata nel vecchio codice di procedura penale, antecedente a quello del 1988. In esso era possibile rinvenire qualche traccia di rilevanza assegnata al potere delle parti solo in tema di impugnazioni, essendo il processo altrimenti connotato da una pressochè totale esclusione del potere delle stesse di influire «sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto nel processo»²⁵. Si trattava di un'impostazione coerente con una visione della giustizia penale di tipo autoritario e marcatamente repressivo, in cui lo stesso processo si vedeva assegnate funzioni di stampo inquisitorio che portavano a concentrare nelle mani del giudice poteri d'iniziativa, d'investigazione e di decisione, nonché di coercizione²⁶.

Il progressivo mutamento che ha interessato i rapporti tra Stato e cittadino, incidendo sulla struttura e sugli strumenti di ampi settori del diritto, e che ha testimoniato il passaggio da una visione di tipo assistenziale ed autoritativa verso una maggiore partecipazione del singolo nelle scelte da compiersi²⁷, ha coinvolto anche il pensiero sul

²⁴ Motivo per cui «si è tramandato l'assunto che principio fondamentale del processo penale sarebbe quello di indisponibilità», M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1 s.

²⁵ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, pp. 117 s., 185 s.

²⁶ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. p. 5.

²⁷ Per una rapida disamina di alcuni di essi, con incursioni in particolare nei campi del diritto internazionale e di quello amministrativo, cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. pp. 8 ss., che rileva come «il mutato svolgimento del rapporto tra cittadino e Stato, non più in senso verticale ma sempre più in

processo penale²⁸. Ne è derivata una trasformazione profonda degli spazi di partecipazione delle parti al giudizio i quali hanno reso il processo uno strumento a tratti ‘flessibile’, con l’acquisizione di molteplici modelli di definizione alternativa della regioducanda²⁹ in cui la volontà delle parti ha assunto centralità assoluta.

Si tratta di spazi riconducibili, con le differenze proprie dei singoli istituti, nell’alveo della giustizia negoziata. Il nostro sistema ha conosciuto così forme di contrattualizzazione della giustizia³⁰, oggi organizzate in un «coacervo di istituti processuali, variamente ispirati a logica dispositiva»³¹. Istituti come il rito abbreviato o il patteggiamento incarnano tale tipologia di giustizia, in forza della quale, a fronte di una riduzione della pena, la persona sottoposta a processo rinuncia a parte delle garanzie processuali che le spetterebbero³². La natura del consenso espresso al fine di ottenere la celebrazione del giudizio nelle regole specifiche di simili riti è tradita dal nome stesso che li contraddistingue: si tratta di un consenso di tipo *negoziale*, fondante cioè un negozio, un ‘contratto’ che ha come contenuto concessioni reciproche vantaggiose per entrambe le parti: diminuzione della pena da un lato, economia processuale dall’altro³³; il consenso è in questa sede il momento che sancisce la validità e l’accettazione di tale

orizzontale, è ormai tendenza riscontrabile in ogni ramo dell’ordinamento» e che «in definitiva, il sempre più marcato riconoscimento in capo al cittadino di un ruolo non già subalterno, ma attivo e paritario nei confronti dello Stato rappresenta una tendenza generalizzata che si traduce nell’allargamento delle possibilità di negoziazione tra singoli e autorità anche in materie in cui, di regola, solo quest’ultima sarebbe legittimata ad assumere determinazioni giuridicamente rilevanti, [...] un fenomeno del tutto nuovo ma difficilmente reversibile». In termini analoghi anche M. BOUCHARD, *La galassia delle tutele, ovvero la risoluzione dei conflitti (dentro e fuori la giurisdizione)*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 693.

²⁸ Cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8° ed., Cedam, Padova, 2016, p. 598; Id, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 268. Si v. anche F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d’Europa*, Cedam, Padova, 1998, pp. 582 s.

²⁹ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. p. 22; M. BOUCHARD, *La galassia delle tutele*, cit., p. 693, intravede l’affermarsi di una logica che a tratti rovescia «la regolazione dei rapporti sociali e istituzionali» che, ammettendo la rilevanza processuale di elementi di volontarietà, è andata ad «invadere settori tradizionalmente governati dall’intervento autoritativo dello Stato».

³⁰ Le quali per la verità hanno origini, anche sul territorio italiano, ben più antiche. Sul punto si legga quanto riportato da R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., p. 5, che menziona, ad esempio, gli istituti del “giudizio per *truglio* o *in concordia*”, forme di giustizia negoziata utilizzate nel territorio di Napoli a partire dal XVII secolo fino alla prima metà del XIX secolo.

³¹ G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *St. Iuris*, 2002, pp. 469 s.

³² Della differenza che intercorre tra i procedimenti speciali a carattere consensuale, che costituiscono alternative *del* processo, rispetto alle alternative *al* processo, si è già detto, cfr. cap. I, § 3.3.

³³ Si tratterebbe di una vera e propria «merce di scambio per il conseguimento di obiettivi estranei alla tutela dei beni direttamente offesi dall’illecito penale», così M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 440, che riprende la celebre espressione di T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, 1986, p. 411. Cfr. poi F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, Torino, 2004, pp. 5 s., che rimarca come gli istituti di «giustizia negoziata», a differenza di quelli improntati a un «peculiare finalismo riparatorio» siano tali per cui «il contraltare della sanzione ridotta o “rinunciata”, nonché dei vari effetti premimali, si coglie esclusivamente in un obiettivo di economia processuale».

patto negoziale, in cui ciascuno – per definizione – perde e guadagna qualcosa, perseguendo un preciso «utile personale»³⁴. È chiaro che si tratta di un'esplicazione del profilo dispositivo ben diverso da quello proprio delle alternative al processo. I riti alternativi incarnano infatti «autentici surrogati del rito ordinario, che attuano la pretesa punitiva dello Stato, con economia di mezzi e di tempi, ma pur sempre in via autoritativa»³⁵. È la ragione per la quale con le alternative al processo non viene in rilievo l'art. 111, co. 5, Cost³⁶. Per suo tramite infatti la Costituzione ammette espressamente solo la rinuncia al contraddittorio quale *metodo* nella formazione della prova, non anche la rinuncia all'accertamento in quanto tale. Esso permette l'ingresso nella piattaforma conoscitiva del giudice di materiali diversi da quelli formati nel confronto dialettico tra le parti, come le risultanze delle indagini contenute nel fascicolo del pubblico ministero, ma su di essi il giudice è comunque chiamato ad esprimersi autoritativamente, statuendo sulla responsabilità penale dell'imputato. L'assunto per cui la norma costituzionale legittimerebbe l'applicazione di una pena in assenza di accertamento sarebbe infatti «tutt'altro che convincente»: il consenso dell'imputato cui si riferisce l'art. 111 Cost. copre la «legittima rinuncia al 'contraddittorio' nella formazione della prova, non *tout-*

³⁴ Più ampiamente, per sancire una differenziazione netta rispetto agli istituti afferenti la mediazione, si parla di «un'intesa fra imputato e autorità giudiziaria: intesa necessariamente condizionata dal perseguimento di un utile individuale», R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno di Urbino, 22-23 settembre 2005, Giuffrè, Milano, p. 168. Sulla natura del consenso e sulla sua incidenza sui principi del giusto processo nell'ambito dei riti negoziali, cfr. G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009; in modo particolare si legga V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, *ivi*, p. 81; A. SCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, *ivi*, p. 115; S. RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale*, *ivi*, p. 133.

³⁵ R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit., p. 172. La stessa Corte costituzionale ha d'altra parte sottolineato il ruolo del giudice nell'applicare la pena, seppure concordata, che rimane oggetto di un ordine autoritativo del giudice: Cfr. Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1596.

³⁶ E questo alla luce di una lettura del principio che passa da una dimensione soggettiva – diritto dell'imputato – a una oggettiva, «regola epistemica che connota l'essenza della giurisdizione», V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., p. 88. Sul punto, G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg. 2001, Roma, pp. 9 ss.; M. CHIAVARI, voce *Giusto processo. II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg. 2001, Roma, p. 4; P. FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 403; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 790. Per una lettura del consenso di cui all'art. 111, co. 5, Cost. alla luce delle influenze della C.e.d.u., cfr. D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., pp. 482 s.

court alla ‘formazione della prova’³⁷, dunque un diverso modularsi del processo penale, non una rinuncia radicale allo stesso³⁸.

Altrettanto diversa è la consensualità rinvenibile in tutti gli istituti di tipo premiale, ovvero quel «*collage* di incentivi e premi alla collaborazione tra reo e ordinamento»³⁹ su cui il sistema penale fa leva per facilitare la realizzazione di fini conoscitivi e repressivi in ordine a fattispecie di reato che creano particolare allarme sociale. Anche qui si tratta di strumenti che, pur avendo cominciato a farsi strada in ambito esecutivo a partire da un nuovo modo di concepire il diritto penitenziario in ottica rieducativa⁴⁰, hanno finito per coinvolgere anche la fase processuale, facendo spesso emergere profili che nulla hanno a che fare con i valori dell’illecito né con l’afflato rieducativo e risocializzante del sistema

³⁷ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 187, che prosegue: «si rinuncia a un *metodo* di accertamento, non all’accertamento stesso», diversamente da quanto ritenuto «comunemente», ovvero «che l’applicazione di una pena senza la prova della colpevolezza sia coperta dall’art. 111 comma 5 Cost.». Al contrario, chiarisce l’A., con la messa alla prova – ma ciò vale per ogni tipo di alternativa al processo – «l’imputato non rinuncia solo al contraddittorio, bensì all’accertamento stesso della responsabilità», p. 188. Analogamente, V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., p. 94: «la Costituzione [...] autorizza semplicemente a prevedere casi in cui il consenso, insieme ad altri presupposti, determina una più o meno ampia acquisizione al giudizio di prove formate unilateralmente».

³⁸ Qualche problema, seguendo simile impostazione, si crea con riguardo alla disciplina del rito patteggiato, là dove al consenso delle parti sembrerebbe assegnarsi invece una radicale rinuncia all’accertamento in quanto tale (in giurisprudenza, sulla cognizione che caratterizza il patteggiamento, cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 1996, in *Cass. pen.* 1996, p. 3579; Cass., sez. un., 26 febbraio 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1229; Cass., sez. un., 28 maggio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3341. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, con prospettive diverse, Corte cost., sentenza n. 313 del 1990 e Corte cost., sentenza n. 251 del 1991). La discussione sul punto, in dottrina come in giurisprudenza, è sconfinata e riportarla esula dalle possibilità del presente lavoro. A. SCCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell’imputato*, cit., pp. 118 s., tenta una rapida disamina dei due modi di intendere la deroga al contraddittorio ai fini del patteggiamento, con una prima impostazione «più rassicurante» che fa rientrare il rito patteggiato nella copertura assicurata dal quinto comma dell’art. 111 Cost., e un secondo orientamento che, ritenendo inapplicabile la deroga costituzionale, paventa una «cauta relativizzazione del canone *nulla poena sine iudicio*». Anche P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., p. 187, rileva la problematicità del rito patteggiato nel contesto costituzionale, alleviata tuttavia dal fatto che comunque la pena concordata viene applicata «al termine», e non «in pendenza del processo».

³⁹ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2006, Giuffrè, Milano, 2007, p. 116. La bibliografia sul tema è vastissima, bastino i riferimenti a A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 79 ss.; M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 197; E. RESTA, *Il diritto penale premiale: ‘nuove’ strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, pp. 41 ss.; M. PAVARINI, *Lotta alla criminalità organizzata e “negoiazione” della pena*, in *Crit. dir.*, 2000, pp. 129 ss. In generale, sul binomio “premio-diritto”, cfr. N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Milano, 1977, p. 26.

⁴⁰ Cfr. R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., p. 268 s., e M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 12, che riporta come «nella concezione autoritaria del guardasigilli Rocco il recluso veniva inteso quale mero soggetto passivo dell’esecuzione penitenziaria; dal 1975 in poi al contrario egli viene protagonista attivo dell’esecuzione, autore del proprio reinserimento. [...] il riconoscimento del condannato di poter influire con il proprio comportamento sulla stessa entità della pena da espriare ha finito per attenuare fortemente i caratteri di indisponibilità che tradizionalmente caratterizzavano il diritto penale».

penale, risolvendosi in uno scambio fra imputato e Stato in termini di collaborazione e riduzione della pena⁴¹.

Il consenso necessario ai fini della predisposizione di un'alternativa al processo si discosta da tutti i profili consensuali delineati, già sperimentati dall'ordinamento. Il peso assegnato alla volontà delle parti arriva ad assumere la sua massima espansione. Come già accennato, non si tratta infatti né di permettere una diversa costruzione del *quomodo* dell'accertamento, né di incidere sul *quantum* di pena comminabile. Il consenso incide qui alla radice sull'*an* dell'azione penale e del suo proseguimento.

Per quanto riguarda il contenuto del consenso alla diversione, esso esprime la volontà di sospendere il procedimento a fronte della predisposizione di strumenti di gestione del fatto diversi da quelli classici, non autoritativi ma affidati a soggetti terzi ed istituzionalizzati⁴². Non implica invece per l'imputato – come si vedrà – una rinuncia definitiva all'accertamento, potendo egli in ogni momento richiedere la prosecuzione del rito nelle forme ordinarie. Tutt'al più contiene una rinuncia provvisoria all'accertamento del fatto, che potrà cristallizzarsi all'esito della sospensione del procedimento, nel momento della sua chiusura anticipata.

In generale si può dire che il consenso alla diversione esprime l'adesione delle parti a un percorso di risposta al reato di tipo non punitivo, bensì riparativo, in grado di concludere il procedimento penale per tramite di una sentenza di improcedibilità.

Differentemente da quanto avviene con i poteri di disposizione delle parti nel processo già ampiamente sperimentati dalla legislazione italiana, i quali «trovano una giustificazione tutta interna al processo e ad esso funzionale» e in cui «quel che conta, dunque, è solo l'eventuale maggiore o minore rispondenza di tali prerogative alla *ratio* della normativa procedimentale di volta in volta considerata»⁴³, nella diversione a giustificare gli spazi di autonomia delle parti è il tentativo di implementare gli obiettivi

⁴¹ Di «corrispettivo di vantaggi che l'ordinamento si propon[e] di raggiungere su piani eccentrici rispetto all'offesa e al senso della punizione», parla T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit. p. 411.

⁴² Sono valide le riflessioni riferite al consenso nell'ambito del particolare istituto della conciliazione ad opera del giudice di pace: «se nelle varie forme di concordato sulla pena sin qui analizzate, il consenso delle parti – che viene espresso dallo Stato, per mezzo del pubblico ministero, e dal cittadino accusato di aver delinquito – si presenta strumentale alla chiusura anticipata del rito, nell'ipotesi della conciliazione, esso viene manifestato dall'imputato e dalla persona offesa e assume una funzione del tutto diversa: si configura, a seconda dei casi, come assenso ad un accordo che definisce il processo, oppure come adesione ad un processo di “pacificazione” condotto da un terzo, il quale è preferibilmente una figura estranea all'apparato della giustizia», M. GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *La giustizia penale consensuale – concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, 2004, p. 103.

⁴³ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., pp. 31 s.

ultimi, l'orizzonte finale generale, del sistema di giustizia, attraverso una via diversa da quella normalmente sperimentata⁴⁴.

L'espansione degli spazi di libertà nel disporre della materia procedurale e sostanziale all'interno del processo non può considerarsi tuttavia esente da limiti. Questi ultimi sono stati individuati in una duplice veste: quelli di tipo tecnico da un lato, «che assicurano il miglior funzionamento dei meccanismi procedurali [...] funzionale allo sviluppo del procedimento [...] verso il merito del giudizio»; quelli di tipo garantistico, volti a definire «sul piano assiomatico i confini tra ciò che può essere oggetto di disposizione e ciò che è e deve rimanere indisponibile», dall'altro⁴⁵.

La compatibilità della diversione con il primo tipo di limite non è in discussione, dal momento che la natura delle alternative al processo implica la radicale rinuncia alla funzione cognitiva del rito, rispetto alla quale non si pongono quindi problemi di maggiore o minore funzionalità dell'istituto.

Il secondo ordine di limitazioni richiede al contrario un vaglio specifico sulla compatibilità dell'ampissimo potere che la diversione assegna alla volontà delle parti (pubblica e privata) di incidere sulle sorti del processo penale con i principi fondamentali dell'ordinamento su cui tale potere maggiormente influisce. Prima di preoccuparsi infatti di assicurare una libertà effettiva nel prestare il consenso alla diversione, occorre esser certi che un simile potere dispositivo rientri nell'orbita costituzionale e sia coerente con i principi che lo compongono⁴⁶.

1.3. *Il punto di vista sostanziale: il consenso nella diversione.*

La consensualità che connota la diversione non si ferma al profilo prettamente processuale, pur essendo quello il primo momento in cui l'apporto delle parti, e in particolare dell'accusato, viene in rilievo. Altrettanto centrale – come si vedrà, anche ai fini della libertà del consenso 'processuale' – risulta il consenso quale elemento caratterizzante i contenuti della diversione, il consenso *nella* diversione.

Esso costituisce, invero, uno dei tre pilastri su cui si fonda ogni intervento di giustizia riparativa⁴⁷. La *restorative justice* implica quale substrato imprescindibile della sua attuazione la piena volontarietà, presupposto primario anche per gli altri suoi elementi

⁴⁴ È quanto si è trattato al cap. IV, §§ 2.2-2.3.

⁴⁵ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., p. 35.

⁴⁶ Di questo ci si occuperà al § 2.

⁴⁷ Cfr. cap. IV, § 2.1.

caratterizzanti, la partecipazione attiva e la dialogicità del percorso. Non a caso l'Onu e il Consiglio d'Europa hanno sottolineato a più riprese che ogni attività di tipo riparativo deve essere fondata sulla libera consensualità dell'autore del fatto e «non può quindi essere oggetto di inflizione, di condanna, di prescrizione o di comando»⁴⁸.

La volontarietà costituisce il «cuore del modello dialogico-consensuale»⁴⁹, e in altri termini «tutto il bene e tutto il male che si può dire [...] della *restorative justice* si gioca intorno a questo suo originario e primitivo fondarsi su un modello consensuale *contra* quello conflittuale dei rapporti sociali. Le simpatie e le diffidenze, gli amori e gli odi che ci dividono di fronte a questa esperienza si radicano in sostanza su questo decisivo punto»⁵⁰.

Della volontarietà come elemento della giustizia riparativa si è già detto. Può essere interessante, in questa sede, osservare in particolare come operi il consenso nella mediazione penale, strumento principe del paradigma riparativo⁵¹ nonché punto d'osservazione privilegiato per comprendere il ruolo e la portata della libera adesione ad un siffatto percorso.

L'imprescindibilità del consenso ai fini della mediazione costituisce una delle pietre miliari di tale pratica, la cui caratteristica fondamentale sta proprio nel fatto che i partecipanti «accettano spontaneamente di ricevere aiuto da un *mediatore*»⁵², dal momento che «la “fantasia di fondazione” di chi intende animare programmi di mediazione è [...] quella di evolvere verso un sistema ternario, verso un paradigma, appunto, *consensuale*»⁵³. Vi possono essere dei distinguo, come quelli di chi denota che,

⁴⁸ M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Alss*, n. 3, 2013, p. 494. L'Autrice, riferendosi in particolare alla mediazione penale, nelle note 8 e 9 specifica come «né la vittima né l'autore del reato dovrebbero essere indotti con mezzi non corretti ad accettare la mediazione», secondo quanto affermato dal § IV, punto 11 della Raccomandazione R. (99)19 in tema di mediazione, e che di conseguenza, come stabilito dalla Risoluzione 2000/14 Ecosoc, al § 15, «la mancanza di consenso non può essere usata come giustificazione per una più severa condanna nel successivo procedimento penale».

⁴⁹ C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria “dignitosa” del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari – Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, sede di Piacenza*, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 134.

⁵⁰ M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 10.

⁵¹ La mediazione costituisce la «più chiara e completa espressione dei principi della giustizia riparativa», M.S. UMBREIT, *Victim meets offender. The impact of Restorative Justice and Mediation*, Criminal Justice Press, N.Y., 1994, come citato da G. SCARDACCIONE, A. BALDRY, M. SCALI, *La mediazione penale – ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 47. Cfr. anche H. ZEHR, *Changing lenses. A new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottsdale, PA, 1990.

⁵² A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI, (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998, p. 21.

⁵³ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., p. 37. Altrove si ricorda che «il principio fondamentale su cui si basa la mediazione, effettuata nei diversi paesi con modalità distinte e svolta in fasi differenti del procedimento penale, è la completa volontarietà di entrambe le parti», G. SCARDACCIONE, A. BALDRY, M. SCALI, *La mediazione penale*, cit., p. 49, che riprende H. ZEHR, *Changing lenses*, cit., 1990.

stante l'iniziativa in capo all'autorità giudiziaria, si debba parlare di «mediazione consensuale più che volontaria», ma comunque si converge sul fatto che debba essere «esclusa qualsiasi forma di obbligatorietà alla mediazione»⁵⁴.

L'elemento consensuale che permea la mediazione penale in ogni sua fase trova la massima espressione durante lo svolgimento dell'incontro di mediazione vera e propria. All'esito dei colloqui preliminari, le persone che decidono di concludere il percorso incontrandosi personalmente alla presenza dei mediatori sperimentano quella restituzione integrale di potere e della gestione del conflitto che ispira la logica della mediazione e della giustizia riparativa in generale. In mediazione sono le parti ad essere le protagoniste indiscusse della vicenda. È il loro dialogo, quanto essi decideranno di dirsi o di non dirsi, ad essere il centro dell'esperienza. I passi che verranno fatti sono esclusivamente quelli che loro vorranno fare, gli accordi finali che potranno essere presi rispecchieranno solo la loro volontà. In questo modo si dà la misura concreta di come la mediazione costituisca un luogo connotato da una partecipazione libera: tutto quello che vi accade è opera delle parti, il mediatore non guida indicando un percorso da fare, non conduce, né tantomeno induce, alcun passaggio⁵⁵. È una presenza di garanzia, che veglia sulla correttezza degli scambi e sull'equilibrio del dialogo, con «la funzione di assorbire le spinte contrastanti delle parti»⁵⁶. Allo stesso tempo facilita la comunicazione, aprendo nuovi spazi di dialogo, sempre attento tuttavia a non dare soluzioni né suggerire interpretazioni della vicenda⁵⁷.

La dimensione consensuale nella mediazione, e in generale nella diversione che accoglie – e si è detto che deve accogliere – contenuti di stampo riparativo, non si ferma solo nel restituire alle parti il potere di decidere del proprio destino e di gestire la conflittualità emersa, ma si esplica anche nelle diverse conclusioni che i percorsi di giustizia riparativa possono trovare.

«In mediazione i soggetti lavorano per trovare degli spazi di coincidenza, un linguaggio comune e una visione differente rispetto a quella che avevano prima

⁵⁴ F. BUNIVA, *L'esperienza di mediazione penale nell'area torinese*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 238.

⁵⁵ «I fatti reato, ma prima ancora i conflitti sociali da essi creati divengono un pre-testo per dare spazio ad un cammino, ad un percorso che vede due soggetti interrogarsi vicendevolmente, coinvolti in un progetto relazionale che il mediatore non può (non deve) tracciare in anticipo», A. CERETTI, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni. Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1990*, Franco Angeli, Milano, 1996, p. 204.

⁵⁶ F. BUNIVA, *L'esperienza di mediazione penale nell'area torinese*, cit., p. 242.

⁵⁷ «Il mediatore non impone la comunicazione, non suggerisce soluzioni, non dà consigli, non esprime giudizi», per cui «l'esito dello scambio e quindi il gesto o la parola di riparazione, le semplici scuse, sono una soluzione voluta dalle parti e non indotta dal mediatore», F. BUNIVA, *L'esperienza di mediazione penale nell'area torinese*, cit., p. 242.

dell'*incontro*»⁵⁸. Si tratta di spazi di coincidenza, di un linguaggio comune, che possono essere trasformativi solo se frutto di un cammino personale realmente scelto e voluto. Solo in questo modo *consentire* diviene *sentire con*, in ciò stando la buona riuscita dello strumento alternativo⁵⁹. Ciò significa giungere al riconoscimento del diritto dell'altro ad essere, della legittimità del suo grido di sofferenza, della sua dignità ferita dalla violenza, agita o subita, ove il riconoscimento dell'altro deve passare sovente per il riconoscimento della propria di sofferenza, in un intreccio di sguardi reso possibile dal lavoro dei mediatori. Consentire significa in questa fase ridefinire le regole di un rapporto, tra reo e vittima, ma anche tra reo e Stato, attraverso un accordo di riparazione, l'individuazione di impegni sul comportamento da tenere in futuro, una rilettura comune di quanto accaduto che si proietta su quanto non deve accadere più.

Altre pratiche riparative possono essere strutturate in modo diverso, non possono tuttavia rinunciare all'impostazione pienamente volontaria e dialogica che contraddistingue la giustizia riparativa. In tale contesto il consenso è infatti sempre premessa e al contempo risultato di un lavoro relazionale, di un incontro. Strumenti come i lavori socialmente utili, che – si è visto – risentono maggiormente del rischio di essere utilizzati in maniera distorta⁶⁰, devono anch'essi essere attuati in una situazione permeata da effettiva volontarietà, risultato di un dialogo non formale⁶¹.

La dimensione consensuale che informa di sé tutto il procedimento riparativo estende in ultimo i suoi effetti anche al di là del percorso in senso stretto, determinando, questo è

⁵⁸ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., p. 36.

⁵⁹ È interessante notare infatti come “*con-sensus*” richiami il “sentire con”, l’empatia, il mettersi nei panni dell’altro. In mediazione si favorisce esattamente questo tipo di processo. Ascoltare e far emergere le proprie emozioni, in un primo momento, vederle accolte innanzitutto dai mediatori e lentamente dal proprio “nemico”, e poi via via trovarsi a sentire anche ciò che l’altro sente, a riconoscere, a comprendere le sue emozioni, la sua narrazione, la sua visione del fatto. In mediazione è dunque fondamentale «il procedimento di riconoscimento dell’altro. Per la vittima può trattarsi di un utile percorso per superare le sofferenze e la paura generate dall’atto criminoso. Per il colpevole può trattarsi della definizione di nuove soglie d’inibizione mediante la riflessione sulla sofferenza della vittima», M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 780.

⁶⁰ Cfr. il cap. V in tema di messa alla prova per adulti.

⁶¹ Vengono alla mente le esperienze del Centro di Mediazione di Torino, in cui a fronte di casi di danneggiamento sono stati approntati momenti di incontro con i sindaci dei Comuni colpiti dagli atti di vandalismo, solo a seguito dei quali è emersa la volontà di riparare. In tali casi, come quando il percorso implichi un incontro diretto fra autore del fatto e vittima, qui non possibile, «presupposto dell’operazione riparativa consistente nella “riflessione” sul reato e sulle conseguenze negative per l’autore stesso, condizione necessaria per l’ulteriore “riflessione” sulle possibili “azioni di riparazione”: se non accompagnata ad una elaborazione interiore e al conseguente riconoscimento della vittima, 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, perché le cose tornino a girare come prima», G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa*, cit., p. 3; l’A. rimarca anche come «senza una relazione logica e psicologica tra il reato commesso/le sue conseguenze pericolose/dannose e il lavoro di pubblica utilità, non si possa correttamente evocare una “azione riparativa”, ma si rimanga nell’ambito di una misura penale non meramente afflittiva e/o vagamente rieducativa», p. 10.

l'obiettivo sperato, una riappropriazione, libera ovviamente, del valore dei beni tutelati dalla norma penale. Conclusione del percorso consensuale è cioè una altrettanto consensuale (nuova) adesione alle norme dell'ordinamento, ciò che realizza le aspirazioni di prevenzione generale e speciale che animano l'istituto. La costruzione di regole di condotta condivise, nate dall'incontro fra soggetti che 'personificano', rendendola riconoscibile, l'importanza della norma violata, è la più solida forma di costruzione o ricostruzione di quel patto sociale di cui la norma penale costituisce l'espressione istituzionale. Scegliere di aderire al contenuto di una norma, avendone compreso la portata e avendo conosciuto su di sé o sugli altri le conseguenze della sua violazione, permette al cittadino di aderire consensualmente, e non per imposizione esterna, all'osservanza di quella regola⁶². Si realizza così quanto auspicato dalla più attenta dottrina penalistica, ovvero una rinascita e una valorizzazione della norma penale nella sua componente precettiva, a fronte di un'eclissi del momento punitivo⁶³. Ecco che la consensualità propria della giustizia riparativa trova così il suo più alto momento di esplicazione, là dove favorisce un comportamento volontariamente adesivo alla norma penale, norma riconosciuta come indicatrice di un valore, e non minaccia di una pena.

In definitiva, è dunque la consensualità effettiva, tutelata in ogni momento durante la diversione, a determinare la qualità del risultato di un percorso di *restorative justice*. Qualsiasi pressione, influenza, indicazione esterna avrebbe l'inevitabile effetto di inquinare l'autenticità della riparazione e impedire la rigenerazione del patto sociale che rappresenta. Parlare di consenso nella diversione e nella giustizia riparativa, rimarcandone l'importanza, non è dunque finalizzato a garantire la "purezza" di un modello, l'aderenza astratta ad un ideale di giustizia, ma significa innanzitutto perseguire l'effettività dello strumento in aderenza agli scopi di politica criminale e alla qualità dei risultati sperati⁶⁴. In seconda battuta, ma è quanto interessa maggiormente ai fini del

⁶² La mediazione diviene cioè «parte della costruzione, o ri-costruzione, delle regole *dei* contesti nei quali si sviluppano azioni sociali, e delle regole che *nei* contesti consentono il dispiegarsi di interazioni sociali significative», così G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova, 1997.

⁶³ Cfr. ancora le riflessioni contenute diffusamente in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo' – un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, *passim*, di cui qualcosa si è detto al cap. IV, § 2.3.

⁶⁴ Anche la dottrina austriaca riconosce come «die entscheidende Motivation für den Gesetzgeber, von einer einseitigen repressiven Maßnahme wie dem Strafurteil abzugehen und diese alternative Erledigungsform zu gestatten, liegt dem aktiven Part, den der Verdächtige hier ausfüllt. Für die kriminalpolitischen Vorzüge der diversionellen Erledigungsformen ist dieser aktive Part ausschlaggebend», ovvero che la motivazione principale che spinge il legislatore a rinunciare a misure unilaterali di tipo repressivo come l'emissione di una condanna e al loro posto a predisporre forme di definizione alternative della vicenda sia la partecipazione attiva che l'indagato realizza, partecipazione attiva e volontaria che determina in grande parte i vantaggi che da un punto di vista di politica criminale la diversione assicura. Così F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 334.

presente lavoro, garantire la piena espressione della consensualità nel percorso riparativo, che in concreto significa garantire la possibilità di interromperlo in ogni momento senza che questo comporti sanzioni di sorta, è compito di fondamentale importanza per assicurare la natura non punitiva della diversione, e dunque la sua legittimità intrinseca. Se infatti venisse meno la piena volontarietà nel parteciparvi, e la prosecuzione dell'*iter* alternativo fosse frutto di un obbligo e non di una scelta, ecco che verrebbe meno uno degli elementi che assicurano la non punitività della diversione⁶⁵, minandone così alle basi la legittimità.

2. Il consenso 'messo alla prova' dai principi costituzionali sul processo.

2.1. Le difficoltà di un sistema integrato.

La domanda sulla compatibilità della diversione con i principi del processo penale nell'ordinamento italiano suppose come risolta una questione logicamente antecedente, ovvero quello della generale integrabilità del modello alternativo, che fa della giustizia riparativa il suo contenuto caratterizzante, con il modello classico di giustizia.

Dal momento in cui sono emerse le prime proposte di giustizia riparativa e i modelli alternativi di risposta al reato, tre sono state le reazioni che li hanno accolti⁶⁶. Da un lato la corrente nichilista, di stampo abolizionista, per la quale giustizia riparativa e mediazione penale rappresentavano le soluzioni ideali per rimpiazzare gli strumenti della penalità classica, processo e pena, di cui proponeva un abbandono radicale. Sul versante opposto, la posizione più conservatrice secondo cui gli strumenti riparativi non avrebbero dovuto avere alcuno spazio all'interno del sistema di giustizia, né processuale né sostanziale, perché inadeguati a costituire una risposta valida al fatto-reato. Un terzo orientamento invece ha ritenuto ben possibile un'integrazione tra i due modelli di giustizia. Su chi aspirava a porre definitivamente fine al sistema classico penale, e su chi al contrario denunciava una «vera e propria collisione con i punti centrali del nostro diritto processuale»⁶⁷, ha avuto la meglio la voce intermedia secondo cui «eine Aushöhlung oder

⁶⁵ Cfr. cap. IV, § 1.1.

⁶⁶ Per tale ricostruzione, cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 113.

⁶⁷ Cfr. M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 146.

gar eine Abschaffung des Strafrechts [...] für die einen nicht zu erhoffen und für die anderen nicht zu befürchten ist»⁶⁸.

È questa l'ottica secondo cui la giustizia riparativa, pur costituendo «un modello autonomo di giustizia», può «interagire con il diritto penale proprio entrando in esso»⁶⁹, e trasformarne almeno in parte la fisionomia perché questo possa adeguarsi alle nuove esigenze⁷⁰. Anche agli occhi dei processualisti, affermare che i modelli alternativi di risoluzione dei conflitti si palesano come 'qualcosa di diverso dal diritto penale', non significa che gli stessi non possano contribuire all'evoluzione di 'un diverso diritto penale' e i «pur comprensibili» timori in ordine alla salvaguardia dei principi processuali fondamentali, «non sono tali da sconsigliare una cauta apertura alla sperimentazione e [...] all'approccio integrato»⁷¹.

Ponendosi in tale prospettiva⁷², resta aperta la questione in ordine alle modalità con cui simile integrazione possa aver luogo. Bisogna cioè enucleare con chiarezza le condizioni alle quali processo e alternative possano operare «con riguardo a un medesimo accadimento e magari nello stesso procedimento»⁷³. Occorre prestare attenzione a che la commistione dei due modelli non conduca al tradimento delle caratteristiche

⁶⁸ «Uno svuotamento o persino l'abolizione del sistema penale, per gli uni non è da sperare, per gli altri non è da temere», M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 136.

⁶⁹ C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 140, che poco prima affermava anche: «la mediazione», ma il discorso vale per le alternative al processo nel loro insieme, «è attivata all'interno di un processo penale e conduce il processo penale a forme peculiari di definizione: entra nel sistema del diritto e del processo penale e allo stesso tempo è autonoma e indipendente, creando un sottosistema con regole giuridiche e una logica diversa dal macrosistema di riferimento. La pena e la mediazione quindi non sono radicalmente alternative, né confliggono tra loro, ma si intersecano sinergicamente», p. 137.

⁷⁰ Così L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., p. 290.

⁷¹ In questi termini R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit., p. 188. Analogamente, G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 503. L'auspicabilità di una integrazione fra sistemi ha costituito il punto di partenza anche per la riflessione del Tavolo XIII sulla giustizia riparativa, nell'ambito degli Stati Generali sul carcere. Sul lavoro svolto in quel contesto, in particolare in un'ottica di comparazione con le esperienze straniere, B. GALGANI, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015, p. 205.

⁷² La questione è per la verità più complessa di quanto si è potuto tratteggiare in queste righe. Per una panoramica ben più approfondita, seppure con specifico riguardo al sistema di commisurazione della pena, cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1134 ss. L'Autrice ritiene in particolare che nei casi in cui il percorso riparativo faccia «cessare l'esigenza punitiva normalmente correlata alla commissione di un reato» agendo come «tecnica di *diversion*», venga in essere una forma di integrazione 'apparente' o 'pseudo-integrazione', in quanto «tra giustizia riparativa e diritto penale il dialogo viene 'congelato'; al suo posto si compie semplicemente un'*actio finium regundorum*», p. 1142. A questa opinione si può aderire a patto di isolare la sfera sostanziale da quella processuale del sistema penale. Se invece si guarda ad esso nel suo complesso, le ipotesi di diversione a contenuto riparativo costituiscono a tutti gli effetti un momento di integrazione tra i due modelli di giustizia.

⁷³ G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 147. L'integrabilità dei modelli riparativi nella giustizia penale è tema che ricorre in tutto il lavoro di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., *passim*, e in particolare, con riguardo allo strumento della mediazione penale, pp. 243 ss.

fondamentali di ciascuno di essi, ma ne preservi al contrario le istanze originali. L'integrazione non deve cioè significare lo svuotamento di significato e dello spirito non retributivo che contraddistingue la giustizia riparativa, né – allo stesso tempo – delle finalità di garanzia che permeano la giustizia ordinaria.

L'integrazione degli strumenti della giustizia riparativa all'interno di un sistema processualpenalistico si rivela così operazione di massima delicatezza. A seconda del momento in cui si sceglie di inserire istituti di *restorative justice* all'interno dell'*iter* classico di risposta al reato – processo, condanna, esecuzione della pena – diverse saranno le riflessioni da compiere e le accortezze da adottare⁷⁴.

L'innesto della giustizia riparativa nella cornice delle alternative al processo, in una fase anteriore alla sentenza di merito, è poi particolarmente complesso. Snodo centrale, si è visto, è costituito proprio da quel consenso *alla* diversione di cui si diceva, momento di intersezione tra i due modi di attuare la giustizia⁷⁵. Con esso vengono toccati principi perlopiù intangibili, diversi a seconda che ci si riferisca alle prerogative del pubblico ministero o ai diritti della persona sottoposta al procedimento⁷⁶. A quest'ultima si offre una via di uscita dal sistema processuale, funzionale agli scopi di reintegrazione e atta ad evitare gli effetti etichettanti che lo stesso processo – prima ancora che la pena – comporta. Ma la contropartita sulla sua posizione processuale può avere costi altissimi. Una giustizia che si presenta «con il volto mite e seducente della riparazione» potrebbe «indurre gli imputati di basso censo a riconoscere colpe che non hanno» e in generale «contribuire all'erosione di diritti di libertà faticosamente conquistati (in primo luogo il

⁷⁴ Ragiona sui momenti del procedimento in cui potrebbe essere innestata, in particolare, la mediazione penale, G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 147 s.: «potrebbe così aversi una piena *deproceduralizzazione* penale quando si riuscisse a evitare addirittura la presentazione della querela da parte della persona offesa; mentre si tratterebbe di *degiurisdizionalizzazione* (o *deprocessualizzazione*) quando a quella che sarebbe denominabile come *mediazione preliminare* conseguisse l'arresto delle attività giudiziarie nella fase delle investigazioni anteriore al promovimento dell'azione penale. Di mediazione (ormai) *processuale* potrebbe invece parlarsi quando intervenisse in un momento successivo, in cui essa potrebbe operare non solo ai fini di deprocessualizzazione (e quindi sempre di *diversion*) ma altresì come elemento di valutazione per la commisurazione della pena. Riguardo a quest'ultima, si tratterebbe invece di *mediazione esecutiva* quando tale attività fosse diretta alla definizione delle modalità e della durata della pena dopo la già intervenuta esecuzione della medesima». Non creerebbe – ovviamente – problemi, invece, l'inserimento di moduli di composizione del conflitto per fatti che esulano dall'area della rilevanza penale, come difatti è già previsto dagli articoli 1, co. 2, T.u.p.s. e 5, co. 5 reg. T.u.p.s., i quali affidano agli ufficiali di polizia il compito di tentare una “bonaria composizione dei dissidi privati”. Di esse, non a caso, si dice che «sembrano non generare “conseguenze traumatiche” sul sistema processuale penale», p. 151.

⁷⁵ Cfr. § 1.3.

⁷⁶ D'altra parte ciò è coerente con la struttura del processo penale e con gli interessi che vi sono tutelati, che fanno sì che «riferirsi genericamente alle parti nel processo penale port[i] con sé un certo tasso di approssimazione, in quanto i soggetti che si contrappongono non configurano due poli dialettici intercambiabili come in quello civile», M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 30.

diritto a non autoincriminarsi)»⁷⁷. L'accettazione di un percorso in cui si lavora sull'evento lesivo e sulle sue conseguenze può infatti essere letta in giudizio alla stregua di una assunzione, implicita o esplicita, di responsabilità, con ciò compromettendo l'esito del processo in caso di una ripresa, sempre possibile, dell'*iter* ordinario⁷⁸ e minando la validità della presunzione di non colpevolezza⁷⁹.

Sul versante opposto, quello della pubblica accusa, il consenso alla diversione pone ad un primo sguardo non pochi problemi con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Si prevede infatti che il pubblico ministero possa rinunciare a perseguire penalmente il fatto pur in presenza di tutti i presupposti che condurrebbero all'esercizio dell'azione, ciò che sembrerebbe violare il rigido disposto dell'art. 112 Cost.

Obbligatorietà dell'azione penale, dunque, e presunzione di non colpevolezza, questi i fondamenti del processo penale italiano su cui il consenso delle parti alla diversione va ad incidere maggiormente, e rispetto ad essi deve essere vagliata la compatibilità – e le condizioni che la determinano – delle alternative al processo penale⁸⁰.

2.2. Il (falso) problema dell'obbligatorietà dell'azione penale.

La ragione per cui, fin dall'inizio della discussione in merito alle alternative al processo, è stata decisamente negata la praticabilità di tale modello nel nostro ordinamento, sta nell'ostacolo rappresentato dal principio di obbligatorietà penale, sancito a livello costituzionale dall'art. 112 e ribadito all'art. 50 comma 1 c.p.p.⁸¹. Il

⁷⁷ R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit. p. 169.

⁷⁸ Il problema si pone soprattutto nel caso in cui l'alternativa al processo contempra lo strumento della mediazione penale: è infatti immediato ricavare il dato per cui «nel caso in cui il reo dà il suo consenso alla mediazione stragiudiziale (ATA) è implicito che si assume la responsabilità del suo agire», B. TRUMMER-KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 155.

⁷⁹ Non a caso anche la dottrina austriaca rimarca come «insbesondere ist noch das Verhältnis zur Unschuldsvermutung zu prüfen» (in particolare occorre verificare il rapporto con la presunzione di innocenza), F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 334.

⁸⁰ È interessante notare come la riflessione sui profili dispositivi dell'accertamento penale conduca allo 'scontro' e alla necessità di chiarimenti in merito agli stessi due principi menzionati anche qualora l'attenzione si concentri sui profili consensuali che incidono sulla modulazione del processo senza tuttavia implicarne l'interruzione: cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., pp. 30 s., che dalla premessa per cui «l'accusa e la difesa sono, ciascuna per suo conto, titolari di prerogative esclusive che tendenzialmente non si traducono nell'omologazione dei rispettivi diritti» fa discendere le seguenti riflessioni: «delle rispettive attività [...] la prima trova la sua *ratio* legittimatrice nell'obbligo di esercitare l'azione penale [...] l'altra costituisce espressione del diritto inviolabile di difesa [...] salvaguardato [...] anche dalla presunzione d'innocenza».

⁸¹ In questi termini si erano infatti espressi, fin da subito, V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 48 e F. RUGGIERI, *Diversion, dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 539. La stessa Autrice ha ricordato, recentemente, come «il nostro Paese, proprio perché improntato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, almeno sino ad oggi conosce solo modalità definitorie che si collocano all'interno del

precetto costituzionale, in forza del quale «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale», è parso erigere una barriera insormontabile all'ingresso di strumenti di degiurisdizionalizzazione in Italia, ed in effetti sembrerebbe a prima vista costituire un impedimento difficilmente superabile⁸².

Il significato che l'obbligatorietà dell'azione ha acquistato nell'ordinamento italiano è tanto più pregnante se lo si rapporta ai precedenti storici che ne hanno segnato le vicende. La particolare affezione che si registra al principio in parola discende infatti dall'esperienza autoritaria, connotata da una concezione potestativa della giustizia, dalla quale la Costituzione del secondo dopoguerra ha voluto segnare con chiarezza le distanze⁸³. Ne è derivata 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»⁸⁴.

Di questo, dunque, si deve tener conto, non potendosi ignorare il significato, anche simbolico⁸⁵, ma soprattutto di garanzia⁸⁶, che al principio in parola è stato assegnato.

La norma costituzionale richiede che l'azione, con la quale il pubblico ministero domanda al giudice di pronunciarsi nel merito di un'accusa penale⁸⁷, costituisca per la pubblica accusa un atto dovuto, sottratto a rilievi di mera opportunità da parte del pubblico ministero. È tuttavia da ritenersi oramai «escluso che l'art. 112 Cost. tracci un

processo penale, senza sostituirsi a questo ultimo», F. RUGGERI, *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alcione, Trento, 2009, p. 94.

⁸² Anche l'ordinamento tedesco e quello austriaco hanno dovuto fare i conti – come si è visto – con problematiche analoghe, connesse alla vigenza del principio di legalità da cui si fa discendere anche l'obbligatorietà dell'azione penale (cfr. cap. II, §§ 3.1, 3.2). La dottrina austriaca ha parlato in proposito di un conflitto che non si deve «verschleiern, sondern ehrlich zugeben», che quindi non va nascosto, bensì onestamente ammesso, così M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 148.

⁸³ Cfr. in proposito, R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 875 ss.

⁸⁴ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative, spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 411, secondo cui occorre tuttavia allo stesso tempo non dimenticare che la rigidità con la quale esso viene letto dagli interpreti «non trova corrispondenti in nessun'altra parte d'Europa e forse nel mondo», e che ad essere coerenti si dovrebbe allora concludere che «nessun altro ordinamento si preoccupi dell'eguaglianza di fronte alla legge e alla giustizia penale», il che «pare francamente eccessivo».

⁸⁵ Di «inopportunità “politica” di rinunciare al principio di obbligatorietà dell'azione» parla C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 177, alla cui bibliografia, sul punto, si rimanda.

⁸⁶ I valori sottesi alla norma – uguaglianza dei cittadini, indipendenza degli organi giurisdizionali – verranno messi in luce *infra*.

⁸⁷ Si vedano in proposito le trattazioni di E. MARZADURI, voce *Azione*, IV) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV Agg., Roma, 1996, p. 1; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 40; G. UBERTIS, voce *Azione*, II), *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1.

rapporto di implicazione necessaria tra notizia di reato e azione penale, sì che alla prima faccia necessariamente seguito la seconda»⁸⁸.

Una simile lettura infatti, anche volendo tralasciare le questioni inerenti la concreta impossibilità di darvi seguito⁸⁹, sconta un'impostazione – superata – che assegna al processo penale il compito di tradurre operativamente l'obbligatorietà dell'azione intimidatoria della norma sostanziale, che rifletterebbe così, proprio tramite l'art. 112 Cost., i suoi effetti anche sul piano processuale⁹⁰. In questo modo tuttavia, oltre a perpetuare un ingiustificato asservimento delle norme processuali alle asserite finalità della legge sostanziale⁹¹, si opera una lettura del principio costituzionale in diretto collegamento con il principio di legalità sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., a sua volta inteso esclusivamente quale norma che pone un 'dovere di punire'. La stessa Corte costituzionale ha seguito tale tracciato interpretativo, espressamente affermando che il

⁸⁸ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 176. Già G. GIOSTRA, *L'archiviazione – Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 2° ed., 1994, p. 8, sottolineava come «un obiettivo che gli è estraneo ed è bene che gli resti tale» sia «quello di assicurare l'intervento della giurisdizione su tutte le *notitiae criminis*». D'altra parte, la risalente teoria per cui ad ogni *notitia criminis* doveva necessariamente corrispondere una decisione del giudice costringeva ad individuare nella stessa richiesta di archiviazione una modalità di esercizio dell'azione penale, e nel provvedimento archiviativo una pronuncia di (quasi) merito: in tale prospettiva si affermava che il principio di obbligatorietà dell'azione penale avrebbe tolto al pubblico ministero, titolare dell'azione penale, ogni potere di valutazione sulla fondatezza di *notitia criminis*, obbligandolo – anche nel caso di evidente infondatezza di essa – a chiedere una decisione del giudice, cfr. G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, pp. 855 s. Similmente, N. CARULLI, *L'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 43, rimarcava come «escludere che nell'archiviazione vi sia esercizio dell'azione penale significherebbe effettivamente far sorgere il contrasto tra la norma [...] e 112 Cost.». Sulla disputa, conclusasi con il tramonto di simili posizioni, cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 187 ss.

⁸⁹ A partire dal dato per cui «l'ordinamento minaccia la pena criminale per troppi fatti» (S. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1046), risulta materialmente impossibile per lo Stato perseguire tutte le notizie di reato, cfr. sul punto M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., pp. 48-53, nonché i riferimenti *ivi* citati. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 98, che non in ultimo per questa ragione parla di «superamento del mito dell'obbligatorietà dell'azione penale». Per G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA (a cura di), *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 248, «appar chiaro, così, più in generale come alla regola in apparenza granitica si raccordi un tessuto applicativo assai più sfrangiato, aperto a spazi contraddistinti da innegabili flessibilità gestionali». È a partire da simili considerazioni che la Commissione di riforma dell'ordinamento giudiziario, nominata dal Ministro Conso con decreto ministeriale dell'8 febbraio 1993, aveva dichiarato l'oggettiva impossibilità di perseguire tutti i reati, anche attraverso un'ampia opera di depenalizzazione, affermando la necessità di stabilire un sistema di priorità nell'esercizio dell'azione penale; cfr. Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, Disegno di legge recante «Delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale» a firma di Cossiga, comunicato alla Presidenza il 29 aprile 2008, stampato n. 210, p. 4.

⁹⁰ «Se l'azione non fosse obbligatoria – si afferma – verrebbe diminuita l'efficacia intimidatoria della legge penale perché la pena sarebbe minacciata non come conseguenza necessaria, ma solo come conseguenza possibile del reato», M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 40. Per il quadro storico e culturale in cui simile concezione ha potuto svilupparsi, il rimando è a M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 37 ss.

⁹¹ Cfr. M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze, prospettive e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 885, che ricorda come compito dell'azione penale sia solo quello di dare avvio all'*iter* processuale, senza in alcun modo prefigurarne un esito particolare, nemmeno in chiave teleologica. La questione è stata toccata al cap. III.

principio di legalità rende doverosa la repressione dei reati e conduce, quale strumento per la realizzazione di tale obiettivo, al principio di obbligatorietà dell'azione penale⁹².

Tuttavia simile impostazione, e con essa il significato dato così all'art. 112 Cost., non può essere accolta. Una lettura moderna, ancorata agli acquisiti diritti di libertà consacrati in Costituzione, dell'art. 25 co. 2 Cost., porta necessariamente a intendere il suddetto principio quale norma di garanzia, e non norma di repressione, salvaguardia della libertà individuale, e non fondamento di una sua necessaria limitazione⁹³. L'art. 25 Cost, co. 2, cioè – anche e soprattutto nel raffronto con gli istituti di degiurisdizionalizzazione⁹⁴ – non può essere letto come imposizione di una necessaria repressione di tutte le ipotesi di reato, ma costituisce al contrario un argine alla potestà punitiva, atto ad ancorare ogni limitazione della libertà personale alla legge⁹⁵. Esso «insomma, afferma che non si può punire senza legge, non già che si deve punire sempre e comunque»⁹⁶.

Ciò si riflette immediatamente anche sul significato da attribuire all'obbligatorietà dell'azione penale, che deve dunque essere ricercato altrove e propriamente nei valori sottesi al principio stesso. Essi sono stati individuati nella duplice garanzia dell'uguaglianza tra i cittadini di fronte alla legge penale e dell'indipendenza funzionale della pubblica accusa⁹⁷. Assicurare il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale

⁹² Cfr. Corte cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979, p. 637; Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, *ivi*, 1991, p. 586; Corte cost., sent. 26 marzo 1993, n. 111, *ivi*, 1993, p. 915.

⁹³ Secondo M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 42, riprendendo il ragionamento analogo svolto da M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 453, «diviene quindi utile verificare se non sia da far risalire alle costruzioni dogmatiche delle codificazioni anteriori alla Costituzione – ed alle relative premesse ideologiche – l'idea che il principio di legalità proclami la necessità della repressione delle condotte delittuose da attuarsi attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale» poiché «in effetti, questa maniera di impostare i rapporti tra imperatività della legge penale e obbligatorietà dell'azione era caratteristica del regime fascista».

⁹⁴ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 121.

⁹⁵ Per tutti, G. VASSALLI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994, p. 307.

⁹⁶ Ancora, M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 43, che più avanti prosegue: «concepire l'indisponibilità del processo penale quale indisponibilità del dovere di punire risponde ad una concezione tendenzialmente incentrata sugli aspetti imperativi e repressivi del sistema punitivo che tradisce la reale portata garantista degli artt. 25 e 112 Cost., prospettandone un'interpretazione basata su concetti calibrati più che sulla Costituzione, sulle anteriori codificazioni», p. 47.

⁹⁷ È la stessa Corte costituzionale a individuare nell'art. 112 Cost. il presidio per tali valori: la norma è «volta a garantire da un lato l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale», Corte cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84; negli stessi termini Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88; Sul punto, V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 6; E. MARZADURI, voce *Azione*, IV) *Diritto processuale penale*, cit.; B. CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero*, in A. GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del Convegno di Perugia, 20-21 aprile 1990, Jovene, Napoli, 1991, p. 1057; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2660 s.; G. D'ELIA, *Art. 112*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, Torino, 2006, p. 2127.

equivale dunque a salvaguardare i fini ad essa sottesi, così individuati. È sulla base di questo presupposto che si ricava la legittimità di una cesura nella sequenza *notitia criminis*-azione penale, purchè essa sia frutto non di una valutazione libera del pubblico ministero, ma dell'applicazione di norme che stabiliscono criteri certi nell'individuare l'operatività di cause impeditive dell'azione.

E difatti viene oramai ampiamente riconosciuta la possibilità di condizionare l'esercizio dell'azione penale a presupposti legislativamente predeterminati in grado di orientare le scelte del pubblico ministero, vincolandone in modo certo le determinazioni⁹⁸. È la legge a dover stabilire in quali casi, a fronte di una *notitia criminis*, l'azione penale non debba essere iniziata, o anche proseguita⁹⁹, purchè lo faccia con modalità che non lascino margini decisori al pubblico ministero tali da svuotare di significato l'obbligatorietà dell'azione penale e con essa la garanzia – in astratto¹⁰⁰ – di un trattamento eguale in situazioni analoghe¹⁰¹.

Sotto questo primo punto di vista, dunque, le ipotesi di deprocessualizzazione condizionata non collidono necessariamente con il principio in parola, e ciò purchè sia rispettato rigorosamente il principio di tassatività nell'individuare i presupposti che permettono l'accesso all'*iter* alternativo¹⁰².

⁹⁸ «L'art. 112 Cost, invero, non dispone che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare sempre l'azione penale, bensì che il pubblico ministero ha sempre l'obbligo (e non la facoltà) di esercitare l'azione penale: sottinteso, quando ne ricorrono i presupposti. Questi presenti, dice in sostanza, il pubblico ministero non può non agire», G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 8, che prosegue: «si è nell'ambito del principio di opportunità – bandito dalla nostra Costituzione – ogniqualvolta rispetto ad una fattispecie concreta il pubblico ministero possa legittimamente percorrere la strada dell'archiviazione o quella dell'azione», p. 12. Per F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 126, con specifico riguardo alla decisione circa la necessità di archiviare, «la discrezionalità concessa al pubblico ministero nel compiere la sua scelta non contrastava con il principio costituzionale, esaurendosi nella valutazione della sussistenza o insussistenza di presupposti normativamente stabiliti»;

⁹⁹ F. CORDERO, *Situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957, p. 152, sul punto statuisce che vi è «un dovere (processuale) del pubblico ministero di esercitare l'azione penale [...] ricollegato alla situazione pura e semplice risultante dal concorso dei due elementi rappresentati da una *notitia criminis* non manifestamente infondata e dalla presenza delle condizioni di procedibilità [...] eventualmente richieste»; vige al contrario un «dovere di non agire» nel caso si palesi la insussistenza di una condizione di procedibilità (pp. 186 s.). La compatibilità delle condizioni di procedibilità (o delle cause di non procedibilità) con il disposto costituzionale in esame è stata oggetto di accurata verifica dottrina e da parte della giurisprudenza costituzionale. Sulle pronunce del giudice delle leggi, si v. E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., pp. 3 ss, nonché G. D'ELIA, *Art. 112*, cit., pp. 2131 s.

¹⁰⁰ Sul punto, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 97.

¹⁰¹ «Discende dal principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale un vincolo per il legislatore ordinario quanto a configurazione dei presupposti dell'archiviazione [...] configurare come doverosa una condotta i cui presupposti siano indeterminati è poco più di un *trompe l'oeil*», G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 9.

¹⁰² Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., p. 121; per A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 104, «è doveroso individuare parametri precostituiti, obiettivi e trasparenti». Il punto è anche ampiamente trattato da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., pp. 179 s., sulle cui posizioni si tornerà *infra*. Anche G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di*

La questione tocca qui un nodo centrale. L'art. 112 Cost., si è detto, non pone tanto l'obbligo di celebrare un processo per ogni notizia di reato, quanto pone in capo al legislatore il dovere di stabilire in modo chiaro e certo a quali elementi possa – *rectius*, debba – essere ricollegato un ostacolo al promovimento o alla prosecuzione dell'azione penale¹⁰³. Anche la Corte costituzionale ha rimarcato il punto, cogliendo lo stretto nesso tra principio di obbligatorietà dell'azione e l'adeguatezza «della regola di giudizio dettata per individuare il *discrimen* tra archiviazione ed azione». La stessa «efficacia del sistema dei controlli» rischierebbe «di risultare vana se la regola di giudizio dettata [...] non fosse idonea a segnare il discrimine, spesso labile, tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata»¹⁰⁴. Tutto sta dunque nella possibilità di individuare criteri chiari, in grado di orientare in maniera sufficientemente determinata la discrezionalità del pubblico ministero, salvaguardando il principio di uguaglianza sotteso all'art. 112 Cost. e senza permettere nel potere d'azione scelte arbitrarie mascherate¹⁰⁵. Esula dal compito del presente lavoro ipotizzare quali possano essere le condizioni alle quali ancorare legittimamente l'accesso alle alternative al giudizio nell'accezione qui proposta¹⁰⁶. E tuttavia la questione non può essere del tutto elusa, poiché è qui che si annidano i maggiori pericoli, nella prassi, «di accontentarsi, in nome di una facile deflazione processuale, di valutazioni superficiali se non addirittura intuitive riguardo alla sussistenza dei requisiti legali»¹⁰⁷, svuotando *de facto* di significato il principio

giustizia, cit., p. 148, vede nella precisione dei requisiti posti a fondamento dell'alternativa al processo il fattore determinante ai fini della compatibilità con l'art. 112 Cost.

¹⁰³ Strettamente connesso a questo è poi il dovere di porre in essere meccanismi di controllo che vegliano sulla corretta applicazione della legge: «è da escludere» che il provvedimento di archiviazione «possa essere insindacabile prerogativa del pubblico ministero, pena l'evidente e incostituzionale elusione del dovere di agire: conferire al destinatario di un obbligo il potere di valutare la sussistenza dei presupposti da cui l'obbligo scaturisce, vuol dire, di fatto, esonerarlo dalla sua osservanza» G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 9. Il punto era già stato messo ampiamente in luce da G. NEPPI MODONA, *Commento all'art. 112*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, tomo IV, Zanichelli, Bologna, 1987, pp. 55 s.; F. CORDERO, *Procedura penale*, 2° ed. Giuffrè, Milano, 1993, p. 403; M. CHIAVARIO, *Archiviazione, obbligatorietà dell'azione penale e riforma del c.p.p.*, in *Quad. Giust.*, 1986, pp. 45 ss.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

¹⁰⁵ Sul punto, ampiamente, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 179. Si tratta di uno snodo centrale anche con riferimento al modo di disciplinare l'accesso ai riti speciali, idonei a incidere sul terreno sostanziale: «in una parola, l'unica soluzione costituzionalmente accettabile per la determinazione degli spazi valutativi del pubblico ministero, allorché la scelta del rito può ripercuotersi sugli esiti sanzionatori, è quella che trova espressa traduzione nella disciplina dei presupposti per la conclusione del processo nelle forme semplificate», E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., p. 16.

¹⁰⁶ Si tratta infatti di valutazioni soprattutto di politica criminale (limiti di pena edittale, condizioni specifiche legate al fatto o alla persona, ecc.), che fuoriescono dall'ambito di uno studio che si propone esclusivamente di individuare le condizioni – in astratto – di legittimità del modello alternativo al processo nell'alveo del garantismo costituzionale.

¹⁰⁷ Così, D. NEGRI, *I due volti del giudice di pace nella dinamica del contraddittorio*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alceione, Trento, 2009, p. 122. L'espressione, che contiene un appello a che «si prenda sul serio l'esigenza di accertare in concreto le condizioni di operatività degli istituti considerati», è specificamente

costituzionale. Determinare i criteri di accesso agli strumenti di diversione è lo scoglio maggiore con cui si deve confrontare il legislatore nell'immaginare una normativa conforme a Costituzione sotto questo profilo. Certamente se si assume, come in parte è stato fatto¹⁰⁸, che fra i criteri orientativi delle valutazioni del pubblico ministero non possano in alcun modo comparire gli orizzonti finalistici della prevenzione, la questione si fa ardua, posto che – a differenza di quanto accade con gli istituti che permettono di rilevare le ipotesi di tenuità o irrilevanza del fatto – non pare sufficiente, ai fini dell'*iter* alternativo, ancorare la valutazione al solo accadimento oggettivamente inteso¹⁰⁹. La diversione infatti, per sua natura, intende affrontare – se pure con modalità che *divergono* da quelle solitamente percorse – la gestione del fatto penalmente rilevante nella prospettiva specifica di raggiungere per via meno afflittiva gli obiettivi ultimi del sistema penale¹¹⁰. Risulta dunque impossibile slegare del tutto la determinazione degli organi giudiziari dalla considerazione di simili aspetti, e non a caso l'ordinamento austriaco prevede espressamente che il pubblico ministero e il giudice debbano valutare, prima di proporre la diversione, la possibilità di realizzare per quella strada i fini della prevenzione generale e speciale. Con riguardo a quest'ultima anche la dottrina italiana è più cauta nell'escluderla categoricamente dalla sfera di interesse degli organi pubblici in ordine al promovimento dell'azione, pur rilevando la delicatezza di ogni operazione che dia rilievo a sempre incerte prognosi circa recuperi sociali mai realmente preventivabili¹¹¹.

D'altra parte non mancano nel nostro ordinamento istituti che già si sono mossi in questa direzione, e rispetto ad essi non sembrano essere stati sollevati grandi problemi in ordine all'obbligatorietà dell'azione¹¹².

riferita all'individuazione di spazi di autonomia probatoria del giudice di pace nell'ambito di validità del principio del contraddittorio, ma può essere utilmente trasferita anche nel qui analizzato contesto.

¹⁰⁸ In questo senso R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1503, che, con riferimento alla prevenzione generale, dice: «questo parametro finalistico, proprio per la difficoltà, se non addirittura l'impossibilità, di tipizzare lo stesso oggetto del giudizio e quindi gli indici fattuali, finisce per essere abbandonato alla mera intuizione dell'interprete». Aderisce a tale impostazione anche C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 180.

¹⁰⁹ Orientamento che è invece coerente per la determinazione dell'irrilevanza del fatto, che – come dice il nome stesso dell'istituto – implica una valutazione strettamente connessa ai profili di minima offensività dell'illecito in sé considerato; sul punto ampiamente C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 181.

¹¹⁰ Cfr. cap. IV, 3.

¹¹¹ Cfr. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., pp. 180 s.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione*, cit., p. 1502.

¹¹² Per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 112 Cost. con gli istituti di chiusura anticipata del giudizio nel rito di competenza del giudice di pace, cfr. F. RUGGERI, *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, cit., pp. 89 ss., che, con particolare riferimento all'art. 34 d.lgs. 274/2000 ritiene trattarsi di «una ipotesi di discrezionalità controllata dell'azione penale» la quale tuttavia «non implica di per sé l'incostituzionalità della norma». Avendo il legislatore previsto «dei criteri generali e astratti [...] che circoscrivano dettagliatamente i parametri per non procedere, non si può ritenere violato

I dubbi che ancora residuino a cagione dell'ineliminabile spazio di discrezionalità effettiva che la previsione di alternative al processo assegnerebbe agli organi della giustizia, pubblico ministero *in primis*¹¹³, possono essere definitivamente superati in un'operazione di bilanciamento con altri beni costituzionali, parimenti meritevoli di tutela ed effettiva realizzazione¹¹⁴.

Mettere in primo piano il principio in parola non come fine in sé, ma come strumento volto alla realizzazione di obiettivi che lo superano¹¹⁵, permette infatti di scoprire che le stesse esigenze che la norma intende tutelare possono essere perseguite «anche, e forse ancor più», quando ad essa è dato di operare non come regola inderogabile, ma anzi ricca di eccezioni¹¹⁶. In tale ottica, il riconoscimento di procedure alternative al processo ordinario, non solo non confliggerebbe con la *ratio* sottesa all'obbligatorietà dell'azione penale, ma «risponderebbe altresì alla tutela di interessi costituzionalmente protetti (in

in alcun modo il principio di uguaglianza e, con esso, la *ratio* e lo spirito dell'art. 112 Cost. [...]. Non si può parlare in alcun modo di principio di opportunità, come accade nei sistemi anglosassoni, specie in quello statunitense, ove è possibile non adire la giurisdizione [...] per ragioni del tutto contingenti (ad esempio di carattere politico, o più banalmente di natura economica)»; con riguardo agli esiti peculiari del rito minorile, cfr. F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 195, e A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 144 s. e p. 156. Sempre in campo minorile, R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit., pp. 175 s., parla di «un condizionamento, ma non un ostacolo insormontabile. Tant'è vero che tali pratiche hanno trovato modo di affermarsi pure in relazione a soggetti perseguiti per reati procedibili d'ufficio». Rispetto alla messa alla prova per adulti, ritiene compatibile la disciplina G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, p. 9, il quale, riprendendo F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1064, rimarca che l'art. 112 Cost. impone la necessaria legalità nel procedere, non anche una sua rigidità; né d'altra parte è stato sollevato il punto specifico davanti alla Corte costituzionale: significativamente manca il riferimento all'art. 112 Cost. tra le norme che si assumono violate nelle ordinanze di rimessione al giudice costituzionale ad opera del Tribunale di Grosseto (cfr. Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015, sulle quali J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016). Ritiene invece sia da percorrere, nel caso, la strada di un restringimento dell'«area di incidenza del canone metaprimario dell'obbligatorietà dell'azione penale», S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1990.

¹¹³ Ma occorre ammettere che in generale, «nonostante l'alto valore politico del principio di obbligatorietà, il carattere sostanzialmente valutativo dell'atto di accusa non potrà mai essere eliminato», M. NOBILI, *Accusa penale e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 121.

¹¹⁴ «Infatti, la tutela dei valori sottesi alla previsione dell'obbligo di agire può essere attenuata se si profila l'esigenza di assicurare altri valori costituzionali», così E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., p. 21, che fa riferimento sul punto a Corte cost., sentenza n. 98 del 1994.

¹¹⁵ Vi sarebbe infatti, così A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum Quad. cost.*, settembre 2010, p. 1, uniformità di opinione nel ritenere il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale una norma di natura strumentale, anziché finale. La stessa Corte costituzionale definisce il principio come «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale», cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249.

¹¹⁶ Così, significativamente, M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative*, cit., p. 412.

primo piano, la finalità rieducativa) che [...] possono risultare prevalenti»¹¹⁷. In tal senso è utile richiamare la giurisprudenza costituzionale che fa riferimento al «limite implicito» dell'obbligatorietà da rinvenirsi nel processo che si «appaesi oggettivamente superfluo»¹¹⁸, per cui sarebbe coerente con il principio in parola «il fine di evitare l'instaurazione di un processo superfluo»¹¹⁹. Ci si può legittimamente chiedere quando un processo possa dirsi 'superfluo', e soprattutto se tale superfluità debba essere parametrata alla condanna, come è stato affermato sinora¹²⁰, o anche ai fini generali di tutela del diritto penale. Accogliendo questa seconda lettura, se si rinviene nella diversione una procedura capace di rendere inutile il rito pieno, perché ancor prima rende superflua la pena¹²¹, diviene evidente la perfetta integrabilità dell'istituto con il dettato costituzionale. In tale direzione sembra muoversi la dottrina che vede nelle esperienze estere la capacità di «contemperare la scelta di fondo», ovvero l'adozione del principio di legalità, «con valutazioni realistiche dei rapporti 'mezzi-fini'» propri del sistema di giustizia¹²².

Sulla scia di una simile impostazione, è possibile sottolineare come la diversione si pone quale strumento *attivo*, e non integra invece una mera rinuncia a qualsivoglia reazione al fatto penalmente rilevante – cosa che avviene invece in tutte le ipotesi di irrilevanza del fatto. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 88 del 1991¹²³, ha infatti individuato nell'obbligatorietà dell'azione penale l'argine costituzionalmente garantito all'inerzia del p.m., con la necessità, connaturata al rifiuto del principio di opportunità dell'azione penale, di non lasciare a se stessa, incontrollata, l'eventuale inazione del p.m.¹²⁴. Considerando che l'avvio della diversione non costituisce in alcun modo un comportamento inerte, in quanto implica l'attivazione dell'alternativa al processo, si rende evidente la peculiarità di tale strumento rispetto ad altri che implicano un radicale abbandono di ogni risposta al fatto.

¹¹⁷ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., p. 121.

¹¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88.

¹¹⁹ Corte cost., ord. 11 aprile 1997, n. 96.

¹²⁰ Cfr. per tutti S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli, 2004, p. 82.

¹²¹ Difatti, come si è tentato di argomentare (cfr. capp. III e IV), «mit dem Strafbedürfnis entfällt auch die Erforderlichkeit des Strafverfahrens», ovvero con la caduta del bisogno di pena cade anche la necessità del processo penale, F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 330.

¹²² M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., p. 2670, e questo allo scopo di evitare che, in nome del rispetto formalistico di un principio giuridico, ci si ritrovi a «sacrificare, in definitiva, più importanti esigenze di giustizia», p. 2673.

¹²³ Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88.

¹²⁴ In questi termini, M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., p. 2665; analogamente anche S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 82.

In altre parole, se la *ratio* della norma sembra potersi ricondurre al rifiuto di ipotesi arbitrarie di “non reazione” statale di fronte ad un illecito, essendo stato chiarito come la diversione costituisca, al contrario, una forma potenzialmente anche molto incisiva di risposta al reato, la normativa sarebbe allora comunque esente da sospetti di aggiramento dell’art. 112 Cost. Potrebbe così ritenersi una proposta di diversione, non la negazione ma una diversa espressione dell’obbligatorietà dell’azione penale¹²⁵, oppure si potrebbe ritenere, per non intaccare apertamente il significato tradizionalmente associato all’azione stessa¹²⁶, il consenso alla diversione alla stregua di una azione penale *implicita*¹²⁷.

Ad un’osservazione più attenta, l’obbligatorietà dell’azione penale si rivela così, ai fini dell’ingresso delle alternative al processo nell’ordinamento italiano, un falso problema. Il promovimento di un’alternativa al processo correlato a presupposti di accesso chiari e determinati – pur nella consapevolezza dell’ineliminabilità di residui spazi valutativi del p.m. – non solo non si pone in contrasto con l’art. 112 Cost., ma permette il perseguimento di altri beni di rilievo costituzionale che in questo modo possono venire in primo piano¹²⁸.

2.3. *La salvaguardia della presunzione di non colpevolezza: consentire non è uguale a confessare.*

Più complessa invece la situazione per il secondo principio di rango costituzionale toccato dal consenso delle parti, in questo caso della persona sottoposta al procedimento, ovvero la presunzione di non colpevolezza¹²⁹, perno attorno al quale ruota l’intero sistema

¹²⁵ È questa la soluzione cui è approdata la dottrina austriaca, che in particolare rileva come «das Amtswegigkeitsprinzip und der Anklagegrundsatz bleiben durch eine diversionelle Vorgangsweise der Staatsanwaltschaft unangetastet. Vielmehr statuiert das 11. Hauptstück sogar eine im Gerichtsverfahren durchsetzbare Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, nicht mit Anklage, sondern mit einer der Anklageerhebung gleichgestellten Diversion vorzugehen» e cioè 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, e il Titolo 11 del codice di procedura pone in capo al pubblico ministero addirittura un obbligo a procedere non con l’azione, bensì tramite la diversione, con un atto equiparabile all’esercizio dell’azione penale stessa, cfr. H.V. SCHROLL, §§ 198-203, in H. FUCHS, E. RATZ (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manz, Wien, 2011, Rz. 10.

¹²⁶ Pur non potendosi sottovalutare il rischio, segnalato da M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., p. 2662, per cui «proposizioni del testo costituzionale che [...] devono essere e sono [...] regole per la normativa ordinaria» risultino invece «in qualche modo condizionate dalla medesima». E «del resto, il dettato costituzionale [...] fa riferimento ad un concetto, quello di azione penale, che non viene affatto definito», E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., p. 1.

¹²⁷ In questi termini, M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen., giust.*, 2012, n. 6, p. 132.

¹²⁸ Sul punto si rimanda alle conclusioni.

¹²⁹ La ‘fatica’ che la valenza di tale principio impone all’ordinamento processuale emerge con chiarezza già dai primi commenti che ne hanno accompagnato l’ingresso nella Costituzione repubblicana: «mentre verso il diritto inviolabile di difesa si riscontrano atteggiamenti di maggiore apertura [...] un’autentica reazione investe il precetto sopraordinato che vieta di considerare colpevole l’imputato sino a condanna definitiva: la posta in gioco, sul piano dei valori politici, è qui altissima», D. NEGRI, *Agli albori di un*

processuale¹³⁰. Non a caso da tempo è emerso come «il più grave problema da affrontare con riguardo alla posizione del minore che, indagato per un certo reato, viene invitato, già nella fase procedimentale, a confrontarsi con la vittima, di fronte a servizi estranei alla struttura giudiziaria stretto senso intesa, riguarda la presunzione di innocenza e il suo diritto al silenzio»¹³¹. Quello stesso elemento consensuale che deve accompagnare la mediazione e gli altri istituti di giustizia riparativa, finisce così col divenire «“croce e delizia” per l'imputato che opti per la diversione processuale»¹³².

Il consenso dell'accusato a fuoriuscire dai binari del processo per intraprendere la via della diversione è dunque momento di massima delicatezza. Qualora la diversione vada a buon fine, concludendosi con un provvedimento di archiviazione per improcedibilità o, se l'azione penale era stata già esercitata, con la corrispondente sentenza, *nulla questio*. Problematica è invece la situazione in cui l'*iter* alternativo, per i più svariati motivi, fallisca o debba interrompersi, facendo confluire il fatto nuovamente nei binari del processo penale ordinario¹³³. In questo caso all'imputato deve essere garantita la vigenza della presunzione di non colpevolezza, dovendosi riprendere il procedimento dal punto in cui era stato sospeso, *tamquam diversio non esset*. Se infatti, al contrario, si presupponesse la “reità” dell'accusato ai fini dell'avvio della diversione, si tradirebbe una delle condizioni intrinseche di legittimità analizzate, incorrendosi nella violazione del principio *nulla culpa sine iudicio*¹³⁴. Né costituisce un'opzione praticabile ancorare

paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”, in D. NEGRI, M. PIFFERI, *Diritti e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 21; e difatti erano rinvenibili osservazioni del tipo «forse la norma costituzionale vuol dire che l'imputato deve praticamente presumersi innocente fino alla sentenza irrevocabile? E allora, sempre praticamente addio custodia preventiva, addio istruttoria, addio tutto», O. VANNINI, *Manuale di diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 64.

¹³⁰ In questi termini G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 84.

¹³¹ In quanto «il confronto non può invero prescindere, per sua natura, da una qualche ammissione in ordine alle responsabilità dell'imputato», F. RUGGERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., p. 194.

¹³² F. CENTORAME, “Onori e oneri” della confessione: dai collaudati schemi della collaborazione processuale alle nuove frontiere della reparative justice, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle ‘Lezioni di Lovanio’ di Michel Foucault*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 111.

¹³³ F. CENTORAME, “Onori e oneri” della confessione, cit., p. 111, rimarca come nel caso di «meccanismi di diversione» che intervengono «prima, cioè, della pronuncia sull'imputazione, [...] la *contra se declaratio* possa finire per costare davvero cara all'accusato nell'eventualità non remota di una ripresa del corso naturale del processo a suo carico».

¹³⁴ Il punto viene esplicito con particolare chiarezza, con specifico riguardo alla mediazione penale, da G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 149: «qualora presupponesse la “reità” dell'indagato o imputato, la mediazione non potrebbe quindi essere innestata in un procedimento penale, [...] la manifestazione (esplicita o implicita) di tale convinzione come definitivamente ottenuta dall'organo procedente anteriormente alla conclusione del processo contrasterebbe apertamente con la presunzione d'innocenza sancita dall'art. 27, comma 2, Cost.».

l'accesso alla diversione ad una confessione esplicita dell'accusato¹³⁵, posto che in questo modo – oltre ad assegnare ad un istituto ambiguo quale quello della confessione un ruolo sovraordinato¹³⁶ – si violerebbe il principio del *nemo tenetur se detegere* come espressione del diritto di difesa, e indirettamente la stessa presunzione di non colpevolezza¹³⁷, ad esso strettamente connessa¹³⁸.

Dunque l'accesso alla diversione non può né dare per accertata la responsabilità della persona, né essere ancorato ad una sua confessione. In caso di ripresa del procedimento, la stessa si trova così, o meglio si dovrebbe trovare, in una situazione che la vede a tutti gli effetti presunta innocente¹³⁹.

È però assai concreto il rischio che la posizione processuale dell'imputato risulti compromessa a cagione del consenso iniziale prestato alla via alternativa. Si potrebbe

¹³⁵ Via questa che, a dispetto delle rimozioni della dottrina («alla luce dei principi costituzionali in tema di presunzione di non colpevolezza [...] non è concepibile che la concedibilità della misura [...] venga fatta dipendere da una sorta di pentimento del soggetto imputato», così F. MAZZA GALANTI, I. PATRONE, *La messa in prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, n. 2, pp. 162 s.), viene percorsa dalla giurisprudenza ai fini della messa alla prova minorile. Con riguardo all'istituto *ex art. 28 d.P.R. 448/88* – che peraltro non contempla espressamente nemmeno il consenso del minore alla sospensione del procedimento (v. cap. II, § 4.1.) – la giurisprudenza anche più recente si è orientata nel senso di richiedere la «rimeditazione critica del passato e la disponibilità ad un costruttivo reinserimento, le quali, pur non esigendo la confessione degli addebiti, risultano incompatibili con la frontale negazione di ogni responsabilità per gli stessi», Cass., sez. IV, 20 giugno 2014, n. 32125, in *C.e.d.* n. 262241; chiede la confessione almeno parziale quale requisito specifico, Cass., sez. III, 6 giugno 2008, n. 27754, in *C.e.d.* n. 240825. A conclusioni opposte è invece giunta la stessa Corte di cassazione con riguardo alla messa alla prova degli adulti, cfr. Cass., sez. V, 4 giugno 2015, n. 24011, *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78, con nota di G. AMATO, *Un presupposto incompatibile con l'istituto*.

¹³⁶ «La colpevolezza del soggetto deve di regola essere provata attraverso elementi diversi da una sua affermazione *contra se*, sia perché, come insegnato dall'epistemologia falsificazionista, una ipotesi accusatoria non può essere considerata pienamente attendibile “senza che siano state attivate infruttuosamente tutte le possibili smentite e controprove”, sia perché lo Stato non può e non deve invogliare un esito processuale che costituisce per l'imputato una forma di spiccato autolesionismo processuale, un'abdicazione al proprio onore e alla propria libertà», così, L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 125 s., che cita L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1990, p. 629.

¹³⁷ Chiarissimo ancora G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 149 s.: «se l'effettuazione della mediazione esigesse la preventiva confessione del soggetto nei cui confronti è instaurato il procedimento [...] si incorrerebbe in una violazione del principio *nemo tenetur se detegere*, a sua volta fondato sull'art. 24, comma 2, Cost. e strettamente connesso alla stessa presunzione d'innocenza». Difatti, «sarebbe contraddittorio pretendere un contributo conoscitivo alla ricerca della verità da parte di colui che va presunto estraneo al fatto per cui si procede», G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Utet, Torino, 2004, p. 139. Alla confessione si assegnerebbe in questo modo il peso di «una prova (legale?) per cui sarebbe superflua qualunque verifica di attendibilità», di nuovo G. UBERTIS, «*Nemo tenetur se detegere*» e *dialettica probatoria*, in ID., *Verso un “giusto processo” penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 69. Anche le fonti sovranazionali paventano la strada indicata, ovvero quella di non richiedere una confessione formale per l'accesso a istituti di mediazione o simili, cfr. l'art. 14 della Raccomandazione R. (99) 19, su cui cap. II, §§ 1 e 2.1.

¹³⁸ Cfr. sul punto anche C.e.d.u., sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 68.

¹³⁹ «Altrimenti – se si reputasse invece di dover preliminarmente accertare la responsabilità del minore e pure a prescindere dai gravi problemi di costituzionalità che deriverebbero da una tale ricostruzione normativa -, l'esito negativo della prova [...] dovrebbe portare automaticamente a una condanna: ciò che viene smentito dall'art. 29 min.». Risultano ancora una volta utili le riflessioni svolte sul punto in campo minorile da G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 161.

infatti sostenere doversi leggere nel consenso alla diversione, tra le righe, un'implicita o un'esplicita assunzione di responsabilità, valutabile alla stregua di una confessione in caso di ripresa del procedimento.

E tuttavia nell'assimilare il consenso alla diversione ad una confessione deriverebbero gravissime conseguenze sul piano della tenuta dei principi di garanzia nel processo, ma anche con riguardo alla stessa diversione¹⁴⁰. Assegnando al consenso iniziale dell'indagato o dell'imputato valore confessorio per l'eventuale ripresa del giudizio si minerebbe infatti profondamente, come si vedrà, in un sol colpo la legittimità sia dell'alternativa al processo, sia del processo stesso dal momento della sua prosecuzione. Si capisce, dunque, come nella ricerca delle condizioni di legittimità della diversione nell'alveo del sistema processuale con cui interagisce il punto risulti assolutamente centrale.

La questione richiama alla mente il dibattito che ha accompagnato l'introduzione nel nostro ordinamento del rito patteggiato. Anche lì, infatti, si è discusso se alla richiesta della pena concordata si potesse ricollegare il significato di assunzione della responsabilità¹⁴¹. Le conclusioni raggiunte in quella sede, tuttavia, possono solo

¹⁴⁰ In questo senso vertono, d'altra parte, la pressochè totalità dei documenti prodotti in ambito internazionale sul tema. Sul punto, cfr. cap. II, §§ 1 e 2. Nell'ordinamento austriaco, non a caso, il consenso dell'indagato ha come contenuto esclusivamente l'adesione alla concreta tipologia di diversione proposta e non costituisce un riconoscimento del fatto prospettato nell'imputazione né nel suo nucleo fattuale né nella sua qualificazione giuridica. L'indagato si dice pronto a portare a termine quanto proposto dall'autorità giudiziaria, rimanendo tuttavia ferma la presunzione di innocenza. Si rileva d'altra parte che i motivi per accettare una proposta di diversione possono essere numerosissimi e insondabili, e non devono essere indagati dall'ordinamento. Cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., p. 33.

¹⁴¹ Un primo orientamento interpretativo le disconosce il significato di ammissione di colpevolezza (Cass., sez. III, 22 ottobre 1993, n. 11596, Giglione, *C.e.d.*, n. 196931; Cass., sez. IV, 11 marzo 1992, n. 4821, Maradona, *ivi*, n. 190059) o di confessione (Cass., sez. VI, 27 novembre 1995, n. 649, Birba, *C.e.d.*, n. 203647); su questa linea si sono orientate anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, secondo cui la richiesta di applicazione della pena si traduce nella scelta processuale di rinunciare ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa mediante un atto dispositivo con cui l'interessato abdica all'esercizio del diritto alla prova (Cass., sez. un., 17 ottobre 1999, n. 20, Fraccari, *C.e.d.*, n. 214637). Secondo un diverso indirizzo, la richiesta di pena concordata formulata dall'imputato implica un riconoscimento di responsabilità. Stando ad alcune pronunce essa va considerata come ammissione del fatto (Cass., sez. V, 20 settembre 1999, n. 4117, Valenzo Lorel Yhonny J., *C.e.d.*, n. 214478) ovvero come sostanziale ammissione di responsabilità ragionevolmente corrispondente alla verità (Cass., sez. V, 10 maggio 1991, n. 6018, Mazza, *ivi*, n. 187294); altre parlano di un'ammissione di responsabilità per *facta concludentia* (Cass., sez. I, 14 maggio 1991, n. 8468, Criscuolo, *C.e.d.*, n. 188062) o implicita e volontaria, rinunciando il prevenuto a contestare l'accusa e a far valere la propria innocenza (per tutte, Cass., sez. I, 22 marzo 1993, n. 1216, Pezzurro, *ivi*, n. 193939). La Corte costituzionale (sentenza del 2 luglio 1990, n. 313) ha al riguardo affermato che «con il richiedere l'applicazione di una pena l'imputato non nega sostanzialmente la sua responsabilità, ed è, anzi, consapevole di rinunciare persino all'impugnazione se la richiesta viene accettata». In dottrina, attribuisce al consenso manifestato dall'imputato «il significato di ammissione implicita di responsabilità», M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali*, II.1, 2008, pp. 24 ss., il quale precisa tuttavia che tale ammissione «non assume la valenza di elemento probatorio di cui il giudice può servirsi per accertare autonomamente la responsabilità». Nel senso del contenuto confessorio della richiesta di patteggiamento si sono espressi anche C. TAORMINA, *Qualche altra riflessione sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 650, e M. BOSCHI, *Sentenza di condanna atipica per l'applicazione della pena patteggiata*, *ivi*, p. 647. In senso critico su tali

parzialmente essere d'aiuto con riguardo alle alternative al processo: se lì infatti al consenso delle parti segue una conclusione definitiva della vicenda, in questo caso il consenso è volto ad aprire una fase incidentale nel procedimento, il cui esito è del tutto incerto e può benissimo risolversi nella ripresa dell'*iter* ordinario, rimanendo da risolvere la domanda circa la responsabilità penale della persona.

La questione è dunque qui tanto più grave, per la sempre possibile riapertura del procedimento, quanto complessa, e ciò a motivo dei contenuti riparativi che – si è detto – devono caratterizzare la diversione¹⁴².

La partecipazione ad un percorso di giustizia riparativa, infatti, suppone necessariamente da parte dell'accusato un'assunzione di responsabilità quantomeno circa il nucleo essenziale dei fatti di cui si discute¹⁴³. Il requisito della dialogicità che connota la *restorative justice*¹⁴⁴ implica la presenza di momenti di confronto nei quali la negazione di ogni coinvolgimento nei fatti produrrebbe una seconda vittimizzazione della persona offesa, diretta o indiretta. È precipuo compito degli operatori di giustizia riparativa evitare che ciò avvenga, anche a costo di interrompere il percorso¹⁴⁵.

orientamenti, ritengono si tratti di «una ricostruzione non confortata da alcun supporto normativo», F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, Padova, 1999, p. 38, obiezione condivisa da V. FANCHIOTTI, *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi modelli*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 725; G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 45. È stato poi negato che la richiesta di accesso al rito in esame implichi una rinuncia alla presunzione di innocenza, la quale invece «continua a svolgere il suo ruolo fino a quando non sia irrevocabile la sentenza», G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in P. PITTARO, G. DI CHIARA, F. RIGO, F. PERONI, G. SPANGHER (a cura di), *Il patteggiamento*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 54.

¹⁴² Vi è chi parla di una «inestricabile [...] *liaison* con il fenomeno confessorio» in quanto si deve «dare per scontato che la volontaria adesione ad un programma [...] reca automaticamente con sé una sorta di autoincriminazione preventiva» e che «l'atto di ammissione delle proprie responsabilità risulta implicito nella struttura consensuale dell'istituto», F. CENTORAME, «Onori e oneri» della confessione, cit., p. 112.

¹⁴³ «Il ricorso alla mediazione può avvenire infatti qualora l'accusato abbia ammesso la propria responsabilità in relazione al fatto da mediare», C. MANNOZZI, *La giustizia senza spada – Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 240. Questo dal momento che «la versione univoca dei fatti principali, anche se non rigidamente intesa, è condizione per la fattibilità della mediazione [...] anche perché difficilmente il soggetto autore di reato che si proclama estraneo ai fatti accetterà di partecipare all'incontro», A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 776; anche il § 23 della Raccomandazione R. (99) 19 del Consiglio d'Europa rimarca come «in assenza di un tale accordo [sui fatti principali], la possibilità di raggiungere una composizione della lite è limitata se non nulla». Tuttavia «per avviare la mediazione non è necessaria una confessione formale», anche se, sul piano fattuale, «affinchè la mediazione abbia esito positivo, è necessario che da entrambe le parti vi sia la disponibilità a trovare una soluzione del conflitto», B. TRUMMER-KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco*, cit., p. 152. Discorso analogo, anche se meno auto-evidente, deve essere fatto con riferimento agli altri strumenti della giustizia riparativa. Pure se manca un incontro diretto con la persona offesa, perché trattasi di reato senza vittima o perché quest'ultima si dica indisponibile a incontrare l'offensore, affinché di percorso realmente riparativo possa parlarsi, non può mancare l'elemento della dialogicità, un momento di confronto che può avvenire con vittime indirette o con rappresentanti delle istituzioni o degli enti danneggiati dal comportamento lesivo tenuto.

¹⁴⁴ Sul quale, si v. cap. IV, § 2.1.

¹⁴⁵ Cfr. A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 772.

Come conciliare allora il fatto che per la partecipazione al programma riparativo occorra assumersi la responsabilità dei fatti, almeno in minima parte, mentre allo stesso tempo nell'ambito del processo il consenso a parteciparvi non può essere letto come ammissione dell'addebito¹⁴⁶?

La risposta c'è, ed è di duplice ordine, oggettiva e soggettiva. La prima attiene alla differenza obiettiva che intercorre tra i presupposti che fondano il rito ordinario e quelli su cui si basa un percorso riparativo, alternativo al giudizio. La seconda riguarda invece il diverso significato che l'imputato attribuisce al consenso alla diversione piuttosto che alla confessione in giudizio.

Se è vero che la partecipazione ad un percorso di giustizia riparativa necessita, come si è visto, dell'assunzione di responsabilità in ordine ai fatti principali, questo non significa che tali fatti coincidano necessariamente con quelli oggetto di imputazione. Né ai fini della percorribilità della strada riparativa è necessaria l'integrazione di un reato completo di tutti gli elementi necessari a perfezionarlo secondo la legge penale, e tanto meno che il fatto sia corrispondente al reato per cui si procede. Può benissimo accadere, ad esempio, che un fatto controverso conduca le parti coinvolte ad impegnarsi in un percorso di mediazione, ma che per quello stesso fatto il processo ottenga un proscioglimento, mancando un elemento giuridicamente rilevante per l'integrazione della fattispecie. Ai fini del percorso riparativo il riconoscimento del nucleo essenziale dei fatti è fondamentale, soprattutto per evitare una vittimizzazione secondaria della persona offesa. Tuttavia – e ciò costituisce un punto centrale – si tratta di un piano altro e totalmente estraneo al processo penale e alle sue prerogative¹⁴⁷. Quanto avviene in mediazione, o in altro contesto di riparazione, fuoriesce dalla finalità accertativa del procedimento penale e ha luogo in un momento in cui quella finalità è temporaneamente,

¹⁴⁶ Non certo recuperando implicite assunzioni di responsabilità nel corso di eventuali momenti adibiti alla verifica circa l'effettiva volontarietà di sottoporsi al percorso alternativo. «Il rischio» che la convocazione da parte del giudice dell'imputato – prevista ad esempio dalla normativa sulla messa alla prova per adulti *ex art. 464-quater*, co. 2, c.p.p. – sia adibita a «premere o almeno a sollecitare con quella misura autoritativa confessioni esplicite dall'imputato» è stato già paventato da D. NEGRI, *L'imputato presente al processo – Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 293, con riferimento all'analogia disposizione in tema di patteggiamento (art. 446, co. 5, c.p.p.). L'A. è critico nei confronti dell'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato di tale norma, là dove viene indicato un utilizzo della comparizione in udienza allo scopo di verificare «il senso effettivo» della richiesta dell'accusato (così, Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313), quasi che il giudice possa in quell'occasione sincerarsi dell'assunzione effettiva di responsabilità della persona rispetto all'addebito mossogli. Così facendo, tuttavia, la Corte sembra non «accorgersi che la tutela del diritto al silenzio rischia di rendere del tutto inutile il tentativo prefigurato», di nuovo D. NEGRI, *L'imputato presente al processo*, cit., p. 293.

¹⁴⁷ «Si capisce quanto sia importante fare della procedura di mediazione un'attività separata e autonoma da quella di accertamento del reato. Senza però dimenticare che l'«episodio» della mediazione – sia che riesca, sia che fallisca – va poi necessariamente coordinato con il processo penale», R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 180.

e forse definitivamente, sospesa. I presupposti di attivazione e le logiche che muovono i due modi di procedere, riparativo e autoritativo, non collimano se non in apparenza, e ciò che accade al di fuori dall'ambito processuale, proprio perché afferisce a obiettivi e metodologie diverse, non interessa e non può interessare il processo stesso, anche in caso di una sua ripresa a pieno regime¹⁴⁸. Da qui la conseguenza per cui il riconoscimento del nucleo essenziale della condotta che la partecipazione al percorso riparativo implica non può essere fatto coincidere con un'ammissione di colpevolezza in senso stretto, idonea a sortire effetti nel processo penale¹⁴⁹. È il motivo per cui si invita ad evitare che «eventuali “ammissioni”, “accettazioni”, “accondiscendenze”, “remissività” e quant'altro, comportamenti tipici della propensione ad un accordo, possano entrare nel quadro probatorio sì da influire sulla decisione che il giudice andrà ad adottare»¹⁵⁰.

La seconda chiave di lettura che consente di comprendere come adesione alla diversione e atti confessori costituiscano momenti processuali distinti e come tali da non sovrapporre risulta facilitata dalle riflessioni compiute in tema di confessione da Michel Foucault.

«La testimonianza di un soggetto su di se stesso significa stabilire una verità e al contempo costituire una prova»¹⁵¹. E malgrado gli sforzi del legislatore odierno di

¹⁴⁸ In altre parole, «la soluzione sembra potersi fondare sulla distinzione tra differente *ricostruzione* del fatto in tutte le sue componenti oggettive e soggettive penalmente rilevanti (ciò che si discute in sede processuale) e diverso *atteggiamento* delle persone coinvolte riguardo alla valutazione della condotta da loro tenuta (ciò che costituisce il punto di partenza della mediazione)» o di altro percorso di giustizia riparativa. Ad essere «essenziale per iniziare un percorso mediatore a fini riconciliativi» è «la disponibilità a confrontarsi sul conflitto insorto in occasione di quanto accaduto [...] indipendentemente dalla qualifica data al comportamento e dalla attribuzione di responsabilità giuridicamente definita», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 161. Il punto è ribadito anche in G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 101. Nello stesso senso, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., p. 776, secondo cui «certamente, ciò significa in particolare che il *reo* riconosca la propria condotta da un punto di vista sostanziale, *fattuale*, anche se non giuridico (non sarebbe infatti corretto nemmeno parlare di ammissione, seppure sostanziale, di *responsabilità*, viste le implicazioni necessariamente *normative* di tale concetto)».

¹⁴⁹ Con specifico riferimento «all'ammissione di colpa resa ovviamente al di fuori dell'interrogatorio», F. RUGGIERI, *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, cit. p. 99, ricorda che «la cessazione del conflitto a seguito del riconoscimento del male recato e ricevuto passa in luoghi direi quasi dell'anima (pentimenti, scuse, riconoscimenti, confessioni, ricostruzioni anche dolorose di offese non sempre esplicite) che sono sconosciuti al processo ove, anzi, non possono né, spesso, devono entrare». In tema di mediazione penale, G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 513, raccomanda che «il riconoscimento dei *basic facts* di cui qui si discorre non assuma portata propriamente tecnica e – soprattutto – sia espressamente reso sterile ai fini di un eventuale seguito della procedura giudiziale, oltre gli spazi di una mediazione fallita».

¹⁵⁰ G. TRANCHINA, *Il procedimento per i reati di cognizione del giudice di pace*, in G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ (a cura di), *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 434.

¹⁵¹ Così M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero – Funzione della confessione nella giustizia*, trad. it., Einaudi, Torino, 2013, pp. 195 s., nel corso delle sue 'lezioni di Lovanio'.

limitarne al minimo l'incidenza¹⁵², garantendo la sua effettiva volontarietà¹⁵³, essa rimane una prova assai ambita dagli operatori di giustizia¹⁵⁴. Nonostante sia stato superato il sistema della prova legale, la confessione non ha perso in nessun caso la sua centralità nel sistema penale¹⁵⁵, ed è la ragione di tale perdurante e pervasiva presenza che Foucault vuole interrogare. La lettura che il filosofo propone sta nel fatto che costituendo la confessione – *de facto* – l'«equivalente dell'evidenza in materia penale», essa consente «a colui che giudica di farlo attraverso un sapere indubitabile»¹⁵⁶.

Ciò che più interessa in questa sede, è l'individuazione del significato implicito di un atto confessorio, ciò che esso esprime per il soggetto che lo depone e per chi quella *declaratio contra se* accoglie e valuta. La confessione non consisterebbe, secondo tale lettura, semplicemente «nel riconoscere il proprio crimine» ma «nel riconoscere al contempo, attraverso il riconoscimento del proprio crimine, la validità della punizione che si subirà [...] una sorta di rito di sovranità, attraverso il quale il colpevole fonda i suoi giudici a condannarlo e riconosce nella decisione del giudice la propria volontà»¹⁵⁷. La

¹⁵² Cfr. sul punto L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema*, cit., pp. 125 ss., in particolare quanto riportato alla nota 137. La sola confessione non giustifica automaticamente una condanna, dovendosi sul piano probatorio vagliarne l'attendibilità nonché eventualmente corroborare le dichiarazioni autoincriminanti dell'imputato con prove ulteriori. Per tutti, cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 353 ss., e M. MACCHIA, *Confessione nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, pp. 28 ss.

¹⁵³ Chiarisce già G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., p. 193, che «l'imputato non va considerato quale depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo».

¹⁵⁴ E questo malgrado di tale istituto non esista nemmeno una definizione in sede codicistica. Si è così costretti a prendere a prestito le norme della procedura civile per ricavare una qualche definizione estensiva, e allora essa diviene «la dichiarazione con cui un soggetto si attribuisce la responsabilità dei fatti illeciti attribuitigli». La definizione è di L. GARLATI, *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, cit., p. 70, il quale opera «una sorta di estensione analogica di quanto disposto dall'art. 2730 c.c., che la connota quale dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte». Quanto alla posizione che la confessione occupava in passato nei diversi sistemi processualpenalistici, sovente accompagnata da strumenti di tortura, prova legale prima e in quanto tale insuperabile, progressivamente attornata da maggiori precauzioni che ne assicurassero l'autenticità, pur rimanendo sempre nell'alveo di un sistema che prevedeva, per indagare la sfera interiore della persona, l'utilizzo della violenza fisica sistematica e sistematizzata, cfr. S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità. (Dei delitti e delle pene, § XVI)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, n. 2, pp. 313 ss.

¹⁵⁵ «Privata della propria decisiva efficacia dimostrativa codificata in un sistema aritmetico di regole probatorie la confessione si caratterizza, anche oltre il sistema di prova legale, per un forte valore probatorio», così R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 56. E questo malgrado «la colpevolezza dell'imputato [sia] sottratta alla disponibilità del suo portatore come della parte pubblica, ed il giudice penale che dispone di essa, dichiarandola oppure escludendola, [abbia] il potere di farlo solo in esito al peculiare procedimento di accertamento in cui consiste il processo», così M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 60.

¹⁵⁶ M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione*, cit., pp. 191 ss.

¹⁵⁷ M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione*, cit., pp. 199 s. Proseguendo, si legge che la spiegazione dell'importanza della confessione, «la più implicita e probabilmente anche la più importante,

confessione rievocerebbe cioè il patto sociale su cui si fonda la legittimazione del potere che giudica, da un lato permettendone la realizzazione, nella sua qualità di prova pressoché inconfutabile, e allo stesso tempo esprimendo una sorta di «impegno punitivo che attribuisce senso alla sanzione imposta»¹⁵⁸. Per dirla ancora con Foucault: «confessando, io accolgo la punizione come qualcosa di giusto e accetto di partecipare agli effetti correttivi che i giudici si aspettano da essa»¹⁵⁹.

Il discorso, ai nostri fini, è assai utile. Evidenziare il filo diretto che collega la confessione alla pena chiarisce infatti ulteriormente la distinzione che intercorre tra l'ammissione di responsabilità in giudizio e il consenso alla diversione. Se la confessione «come modo di riconoscersi colpevole costituisce il primo elemento, il primo pegno di ciò che si potrebbe chiamare il patto punitivo»¹⁶⁰, la proposta di diversione veicola esattamente il messaggio opposto, ovvero la rinuncia alla comminazione di una pena, e dunque l'adesione ad essa non può essere letta diversamente. Dal consenso alla riparazione non può cioè essere fatta discendere la volontà di sottoporsi al trattamento punitivo minacciato dallo Stato, ma solo la volontà di affrontare su un piano diverso, non punitivo, le conseguenze del fatto di cui la persona è imputata. La differenza sta proprio nella posizione della persona rispetto alla minaccia punitiva, che nel primo caso, seppur momentaneamente, viene meno ed è invece presente nel secondo¹⁶¹.

ha a che fare con il significato generale del sistema penale, con i fondamenti stessi del diritto di punire [...]. Colui che ha commesso il crimine è in un certo modo anche colui che si punisce da sé»; la confessione manifesta «in qualche modo il principio stesso della legge penale, perché arrivi in qualche modo, in qualità di colpevole, a riconoscere [...] la sovranità sia della legge, sia del tribunale che lo punirà e nei quali egli si riconosce». Per L. MARAFIOTI, *Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault*, cit., p. 137, «il fenomeno confessorio, cioè, va inquadrato in una dimensione polifunzionale, rivestendo significato come mezzo di prova, come momento processuale, come veicolo di verità, ma, anche e soprattutto, come strumento di inserimento nella macchina sanzionatoria. La confessione, in questo, diventa un *trait d'union* essenziale per la macchina, come un qualcosa di immanente che passa al di sopra delle teste degli uomini e degli umani responsabili». Anche R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori*, cit., pp. 56 ss., riprende il passaggio affermando che «il valore della confessione appare fondante e funzionale rispetto all'esercizio del diritto di punire, *nonché alla misura e al senso della pena*».

¹⁵⁸ N. SELVAGGI, *Le lezioni di Louvain sulla 'confessione' e le trasformazioni dei sistemi penali*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, cit., p. 35.

¹⁵⁹ In definitiva, il ruolo ancora «ipertrofico» della confessione nel sistema penale «sulla scorta delle osservazioni di Foucault, può essere spiegato, appunto, con il fatto che il tema della confessione e delle dichiarazioni dell'imputato secondo la verità risulta aggrovigliato inscindibilmente con quello della "giusta" punizione. [...] La confessione è collegata alla prova e all'ansia per il risultato processuale, ma ha indiscutibili interrelazioni con il meccanismo sanzionatorio», L. MARAFIOTI, *Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie*, cit., p. 138.

¹⁶⁰ M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione*, cit., p. 200.

¹⁶¹ Si incorre altrimenti, con un utile paragone storico, nell'errore in cui incappavano gli inquisitori medievali i quali estorcevano la confessione sotto promessa di impunità. Si tratterebbe dello stesso inganno: un soggetto sottoposto alla coercizione dello Stato viene invitato ad assumere la responsabilità di un fatto con l'assicurazione che ciò non comporta alcuna conseguenza di tipo punitivo. Già nel Medioevo è risultato via via chiaro che una confessione ottenuta a queste condizioni non poteva considerarsi valida ai fini della comminazione della pena: «si dibatteva altresì se la confessione resa sotto falsa promessa di impunità o in

Certo, a ciò si potrebbe rispondere che nel momento in cui si accede all'alternativa al processo si deve avere la consapevolezza che in caso di esito negativo il procedimento penale riprenderà il suo corso, e che dunque la minaccia punitiva non scompare del tutto, permane cupa all'orizzonte. Si potrebbe anche ipotizzare un avvertimento da farsi al prevenuto in ordine al significato confessorio che l'assenso alla diversione assumerebbe in caso di suo fallimento e conseguente ripresa del processo penale, simile nella struttura agli avvertimenti in ordine al diritto al silenzio di cui all'art. 64 c.p.p. Tuttavia anche tale strada non risulta praticabile. Connettendo infatti al consenso iniziale l'accettazione di una eventuale punitività futura si ottiene un completo snaturamento dell'istituto della diversione e dei percorsi riparativi che esso contempla. La partecipazione della persona, in tal modo, perderebbe infatti il connotato della volontarietà permanente, in quanto a seguito dell'assenso iniziale l'indagato o l'imputato si troverebbe incastrato in una situazione per cui o il percorso alternativo va a buon termine o si profila la certezza di una condanna. Si determinerebbe così una situazione ricattatoria che avrebbe il risultato di rendere il percorso, da volontario che era, fattualmente punitivo, così facendo venire meno la legittimità dell'alternativa al processo¹⁶².

In definitiva, anche alla luce dei significati sottesi alla confessione che pure esulano da una descrizione strettamente giuridica dell'istituto, l'adesione alla diversione non può in alcun modo essere considerata equivalente all'ammissione dell'addebito mosso all'imputato in sede processuale¹⁶³. Aderire a un percorso riparativo è cosa totalmente

seguito a *blanditiae* potesse considerarsi valida. I più ne escludevano la legittimità e la conseguente possibilità di emanare sulla base della stessa una sentenza di condanna, ritenendo che in questi casi il giudice avesse agito con dolo», L. GARLATI, *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali*, cit., p. 82. L'autore riprende gli scritti di Claro, il quale spiegava come «*multa enim possunt deduci et probari contra propriam confessionem*», e indicava tra i fattori che invalidano la confessione proprio l'averla resa sotto promessa di impunità, cfr. G. CLARO, *Opera omnia*, Lugduni, 1575, § Finalis, q. LXV, n. 1 vers. *Ubi reus*, p. 454.

¹⁶² Cfr. cap. IV, § 1.1.

¹⁶³ Alle stesse conclusioni perviene chi rimarca come «non può trascurarsi che tali modelli, nella misura in cui si pongono come del tutto alternativi alla risposta strettamente penale ovvero interagiscono con questa collocandosi comunque quali schemi principali di composizione del conflitto, perseguono finalità che non sono quelle di marcare una differenza tra 'normali' e 'anormali', né di espellere od occultare il reo dal tessuto sociale, quanto piuttosto quelle di favorire la riconciliazione e di rafforzare l'unità e la coesione del gruppo sociale. Questo mutamento di contesto – mi sembra – finisce con l'incidere anche sul significato profondo della confessione, ove questa si realizzi nell'ambito di un modello di giustizia di tipo riparativo e conciliativo, basato sulla mediazione, imponendo una rielaborazione rispetto alle conclusioni individuate da Foucault con riferimento alla sua funzione nella giustizia penale», N. SELVAGGI, *Le lezioni di Louvain sulla 'confessione'*, cit., p. 38. *Contra*, a conferma di quanto sia difficile tenere separati i due atti di 'veridizione', F. CENTORAME, «*Onori e oneri della confessione*», cit., p. 108, la quale invece assimila le due prospettive, affermando che «ci si rende agevolmente conto, allora, che il paradigma della giustizia riparativa impone di aderire alla tesi di Foucault della veridizione come atto di impegno funzionale agli scopi emendativi della pena. Anzi, a ben vedere, le fenomenologie di cui si discute presuppongono a monte un contegno *latu sensu* confessorio da parte dell'interessato [...]. Difficile, in effetti, ipotizzare un recupero autentico e stabile della trama dei rapporti sociali scavalcando lo *step* iniziale rappresentato dalla

diversa che aderire al meccanismo sanzionatorio minacciato dall'ordinamento¹⁶⁴. È accettare di “dirsi qualcosa di vero” dopo il reato¹⁶⁵, potendolo fare senza che a questo conseguano ritorsioni negative, le quali da sole giustificano e financo rendono necessario invece il diritto al silenzio dell'imputato¹⁶⁶.

E se l'ordinamento si preoccupa di salvaguardare la piena volontarietà della confessione dell'imputato¹⁶⁷, sarebbe tanto più grave assegnare valore confessorio ad un atto in cui mancherebbe non solo il profilo della volontarietà, ma la stessa consapevolezza del significato che da quel consenso l'ordinamento fa discendere, ciò che inquinerebbe senz'altro il percorso di autodeterminazione della persona¹⁶⁸.

E tuttavia il bisogno di confessione dell'ordinamento, che cela in realtà un sotteso bisogno di pena¹⁶⁹, sarà un fattore duro a morire. Inevitabile e difficilmente arginabile sarà la tendenza a sfruttare più o meno consciamente l'adesione alla diversione, trasformandola in ammissione delle proprie responsabilità utile in sede di giudizio qualora la stessa stessa avesse esito negativo e il processo riprendesse il suo corso.

disponibilità dell'autore del reato ad ammettere le proprie colpe. Se non in maniera francamente *self-incriminating*, quantomeno in termini di condivisione del nucleo essenziale dell'illecito perpetrato».

¹⁶⁴ «Quello che l'accusato volontariamente richiede infatti è una pausa nella progressione procedimentale», F. CENTORAME, “Onori e oneri” della confessione, cit., p. 111.

¹⁶⁵ Osserva L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 648, che «un ordinamento penale che resti indifferente, nella fase cardine di gestione del reato commesso, alla possibilità di un dialogo veritiero tra le parti su quanto accaduto – e, dunque, alla possibilità di recuperare una valutazione condivisa, ma anche attestata da condotte riparative, circa la sua inaccettabilità giuridica ed umana – rinuncia a promuovere l'autorevolezza delle norme, vale a dire ciò che costituisce il fulcro della prevenzione».

¹⁶⁶ Sul rapporto di necessità che lega garanzie e pena, per cui è dalla minaccia della seconda che origina l'imprevedibilità delle prime, cfr. cap. III.

¹⁶⁷ La tutela della libera determinazione dell'imputato nell'esternare dichiarazioni autoincriminanti è fatta discendere dall'art. 2 Cost. dalla Corte costituzionale, sent. 19 giugno 1998, n. 229, nonché dall'art. 13 Cost. da A. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 112, secondo cui la tutela della libertà apprestata dall'art. 13 Cost. «investe tutte le facoltà primordiali dell'uomo, compresa quella della libera determinazione [...] non solo le violenze fisiche che portano all'indebolimento della resistenza morale (tortura sulle persone inquisite o, peggio, sui loro cari), ma anche le suggestioni, le induzioni in errore, le minacce, l'uso di ‘sieri della verità’ o in genere di droghe obnubilanti». Anche la stessa presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co. 2, Cost., sarebbe fondamento idoneo su cui poggiare il divieto di confessioni indotte, come pure l'art. 24 Cost., che per dispiegare i propri effetti suppone la libertà fisica e morale del titolare del diritto di difesa. Infine la garanzia del giusto processo, art. 111 Cost., su cui cfr. L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema*, cit., p. 127.

¹⁶⁸ E, secondo L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema*, cit., p. 183, «non pare inesatto» rilevare un preciso intento del legislatore, a livello codicistico ricavabile dalla normativa in tema di diritto al silenzio di cui all'art. 64 c.p.p., «nell'intento di estromettere dalla piattaforma fattuale valutabile dal giudice qualsiasi forma di *contra se declaratio* in cui risulti inquinato il percorso che ha condotto il prevenuto a determinarsi verso la scelta autoaccusatoria». Questo perché «dal diritto costituzionalmente garantito a non dichiararsi colpevole discende una regola di esclusione delle confessioni che non siano il frutto di una libera opzione volitiva», p. 191.

¹⁶⁹ «Abbiamo bisogno di un accusato che confessi, ne abbiamo bisogno affinché il sistema funzioni pienamente», M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione*, cit., p. 202.

3. Accanto al 'giusto' processo, una 'giusta' diversione.

3.1. Il 'congelamento' delle garanzie processuali e la loro possibile riattivazione.

«Wir stehen daher vor der Herausforderung, für die Schiene des diversionellen Vorgehens analog zum Strafverfahren ein Recht auf faire Diversion zu formulieren und ausgestalten»¹⁷⁰. Questa la sfida che si è cercato di cogliere nel presente lavoro e che va ora condotta a conclusione.

Posto il principio sul quale si fonda il rispetto della presunzione di non colpevolezza – il consenso alla diversione non è equivalente ad una confessione in sede di giudizio – occorre ricavarne le conseguenze operative sul piano processuale. Occorre cioè approntare meccanismi tali da evitare qualsiasi «compromissione del diritto al silenzio dell'imputato, il quale, una volta riavviato il corso del procedimento, deve poter contare sull'intero corredo di garanzie connesso al principio del *nemo tenetur se detegere*»¹⁷¹.

Di conseguenza è necessario garantire che il procedimento formale espliciti la sua funzione in maniera piena, in particolare in ordine alla tutela delle libertà fondamentali che gli è affidata, diretta esplicitazione della presunzione di non colpevolezza¹⁷². Si vedrà poi, anticipando in parte le conclusioni, che entrambi i profili – tutela della presunzione di non colpevolezza in caso di riapertura del procedimento e conseguente piena operatività delle garanzie processuali in capo all'imputato – sono quelli che permettono all'accusato di esprimere il consenso alla diversione in piena libertà.

L'innesto delle alternative al processo, con un'operazione riassumibile nella formula "a ciascuno il suo", ovvero alla diversione l'effettività della natura consensuale, al processo il mantenimento della funzione garantistica, significa per la giustizia penale accogliere un ripensamento generalizzato del suo funzionamento; si tratta cioè di

¹⁷⁰ Ovvero, «ci troviamo di fronte alla sfida di dover formulare e costruire, nei binari delle alternative al processo penale e analogamente a quanto avviene per quest'ultimo, il diritto ad una diversione giusta», F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tauschgleichs im österreichischen Strafrecht*, in P.G. MAYR (Hrsg.), *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, Manz, Wien, 1999, p. 144.

¹⁷¹ F. CENTORAME, "Onori e oneri" della confessione, cit., p. 113.

¹⁷² Sui rapporti tra la presunzione di non colpevolezza e gli altri principi fondamentali riguardanti il processo, cfr., fra gli altri, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit. p. 172 ss., per i legami con il principio del contraddittorio; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 17 s., sui riflessi in tema di diritto alla difesa; G. UBERTIS, *Riflessi sistematici della giurisprudenza costituzionale in materia di garanzie giurisdizionali del nuovo processo penale*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 84 s., per il legame con il principio d'imparzialità del giudice.

integrare – lo si è già detto¹⁷³ – al suo interno meccanismi che le parranno estranei¹⁷⁴, ma che, per far spazio alla giustizia riparativa elevata a livello di sistema, dovrà accogliere man mano come suoi. È proprio la coesistenza fra i diversi paradigmi – inevitabile, posto che un sistema puramente riparativo non è immaginabile proprio a causa della sua natura libera e consensuale – a complicare le cose. Ciò significa infatti immaginare meccanismi che prevedano risposte diverse e parallele ai fatti di reato, autoritative da un lato, riparative dall’altro, la cui percorrenza è rimessa alla scelta della persona sottoposta a processo. Ed è proprio la macchina processuale a risentire maggiormente di una tale diversificazione, in quanto chiamata a svolgere contemporaneamente ruoli antichi e ruoli nuovi: da un lato continuare ad adempiere la sua funzione di accertamento dei fatti e garanzia delle libertà, a fronte della pena prevista per il reato; dall’altro il compito di permettere una fuoriuscita anticipata dal sistema ordinario, creando dei vasi comunicanti con i canali della giustizia dialogica che permangono aperti lungo tutto l’arco dell’alternativa al processo¹⁷⁵.

Quello che si propone di immaginare, per la realizzazione di un simile modello integrato di giustizia, è che l’attivazione del percorso parallelo implichi, con la sospensione del processo, anche la sospensione delle garanzie processuali¹⁷⁶. Le stesse infatti, in un contesto che fa a meno della minaccia punitiva, non risultano più necessarie; la diversione «non ha per posta in gioco né l’accertamento della verità, né la qualificazione giuridica dei fatti controversi». Da ciò consegue «che principi fondamentali, quali, ad esempio, il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione d’innocenza non irradiano qui i loro effetti»¹⁷⁷.

¹⁷³ Cfr. § 2.1.

¹⁷⁴ Infatti «le regole che disciplinano il procedimento sono altre, rispetto a quelle che informano l’istituto mediativo», F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., p. 195.

¹⁷⁵ A tal fine – in una prospettiva parzialmente diversa da quanto verrà qui proposto, su cui *infra* – viene da taluni richiesto «un più globale mutamento di mentalità, che conduca a un “ripensamento” e, talora, ad una “reinvenzione” delle garanzie di fronte alle nuove forme di giustizia penale», M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese*, cit., p. 135.

¹⁷⁶ In termini di una sospensione si esprime anche G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione*, cit., p. 504, là dove sostiene che «l’esserci della mediazione dei conflitti tra autore di reato e vittima chiede all’istituzione giudiziaria di operare una *sospensione* rispetto alle sue logiche interne», e più avanti «a seguito dell’invio del caso all’ufficio di mediazione, l’istituzione giudiziaria sospende le sue logiche interne [...] per lasciare spazio a un luogo periferico», p. 506. L’A. tuttavia si pone poi in una prospettiva parzialmente diversa da quella qui sostenuta, affermando che «i principi del giusto processo» pur essendo dotati di «una propria naturale diretta “zona di applicazione” [...] innescano fenomeni di propagazione e fanno sì che l’eco di tali principi si riverbera anche in territori contigui [...] filtrando, così, attraverso le frontiere porose e per più aspetti osmotiche lungo cui si interfacciano la giustizia formale e la pratica mediativa», p. 508.

¹⁷⁷ R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit., p. 182. Nello stesso senso G. ILLUMINATI, *Procedimento penale di pace: ragionevole durata e garanzie fondamentali*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale*

Risulta soprattutto fondamentale, pur ponendo ciò i maggiori problemi normativi, che in caso di fallimento, per qualsiasi ragione, della diversione, tutte le garanzie processuali, presunzione di non colpevolezza *in primis*, tornino ad espandere integralmente i loro effetti ripristinando quanto più possibile l'identica situazione processuale anteriore all'*iter* alternativo¹⁷⁸.

Costruire alternative al processo compatibili con la presunzione di non colpevolezza significa cioè soprattutto far sì che un eventuale reingresso nel procedimento ordinario non pregiudichi la posizione dell'indagato o dell'imputato. Il consenso a mediare infatti è incentivato proprio dal venir meno della pretesa punitiva dello Stato. È la mancanza di conseguenze negative di tipo punitivo a assicurare la persona sottoposta a giudizio e ad aprirla a un'ipotesi di mediazione, ponendo le condizioni per il suo consenso. Ne consegue che non appena quella prospettiva, inizialmente accantonata, rientra in gioco, devono necessariamente riespandersi anche tutte le garanzie difensive che spettano a chi rischia l'applicazione di una sanzione privativa della libertà.

Se non si rialzano i baluardi delle garanzie non appena il tentativo alternativo al processo e alla pena fallisce, e di quel processo e forse della pena si torna a far uso, si sarà verificata una vera e propria truffa ai danni dell'indagato o dell'imputato¹⁷⁹. Egli aveva accettato, sulla base di una sorta di 'patto', la rinuncia alle garanzie a fronte della rinuncia alla pena. Se poi per qualsiasi ragione la diversione si rivela non praticabile – che sia per cause indipendenti dalla volontà della persona sottoposta al procedimento, ma anche e soprattutto se viene meno la sua volontà di perseguire l'*iter* alternativo – le garanzie processuali tornano ad essere necessarie, coerentemente con i principi secondo cui *nulla culpa, nulla poena, sine iudicio*.

Da qui si evince la condizione di legittimità 'estrinseca' delle alternative al processo, che si andava cercando: il consenso alla diversione dell'indagato o dell'imputato non solo

di pace e principi costituzionali, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alcione, Trento, 2009, pp. 40 s.: «Certo che quando si parla di giustizia conciliativa ci troviamo, non dico in contrasto, perché non si può parlare di contrasto, ma al di fuori dell'orbita dei principi del giusto processo. Questi infatti sono tarati su una situazione completamente differente. I principi del giusto processo hanno la funzione di assicurare la tutela dei diritti dell'imputato contro l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato. Si tratta di garanzie che vengono sempre concepite come un limite ai poteri statuali, al potere di repressione penale, di infliggere la pena». E più avanti precisa: «mi riferisco per esempio al diritto al silenzio, all'onere della prova, alla presunzione di non colpevolezza: quando occorre mediare è chiaro che questi ed altri principi fondamentali non possono essere applicati», p. 42.

¹⁷⁸ Per cui «al magistrato dovrà essere semplicemente comunicato il fallito tentativo, senza che, nel seguito del procedimento penale, ciò possa avere conseguenze negative per l'imputato o per la persona offesa», R. ORLANDI, *La mediazione penale*, cit., p. 184.

¹⁷⁹ Ciò che sarebbe certamente contrario al senso di correttezza che è «elemento costitutivo del rapporto processuale con e tra le parti», A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo". Visione di un sistema penale e processuale orientato all'uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1079.

non può acquisire significato confessorio¹⁸⁰, ma ancora più radicalmente non può implicare o avere come contenuto, nemmeno sotteso, la rinuncia definitiva all'accertamento e alle sue garanzie. Sino all'emissione della pronuncia conclusiva della vicenda incidentale rimane aperta e deve essere assicurata la possibilità per la persona coinvolta di chiedere in ogni momento il reingresso nei binari del procedimento ordinario, sussistendo il diritto dell'interessato a vedere accertata la propria responsabilità penale o la propria estraneità ai fatti contestati con le forme del giusto processo¹⁸¹. Di conseguenza il consenso, diversamente da quanto accade, ad esempio, in tema di patteggiamento¹⁸², deve essere sempre – e liberamente – revocabile¹⁸³.

3.2. *Qualche ipotesi di lavoro.*

Ci si deve a questo punto interrogare sugli strumenti processuali ipotizzabili per permettere un innesto delle alternative al processo che garantisca la rivitalizzazione delle garanzie in caso di ripresa dell'*iter* ordinario, e dunque una piena revocabilità del consenso. È infatti ora possibile, anche sulla base delle esperienze maturate in Italia e all'estero, nonché sulla scorta delle indicazioni traibili dalle fonti sovranazionali, tentare di delineare alcuni spunti operativi volti a concretizzare la descritta condizione di legittimità della diversione nel contesto del sistema processuale penale italiano. Data la complessità e l'ampiezza dell'operazione non può che trattarsi di individuare alcuni punti

¹⁸⁰ Cfr. § 2.3.

¹⁸¹ Come d'altra parte viene giustamente stabilito dalla normativa austriaca, cfr. cap. II, § 3.2.

¹⁸² La possibilità di revocare il consenso in ogni momento si pone come chiara differenza rispetto a quanto statuito nell'ambito del rito patteggiato, dove l'art. 447, comma 3, c.p.p. statuisce espressamente l'impossibilità di recedere dall'iniziativa avanzata in sede di indagini preliminari. Peraltro la giurisprudenza si è orientata nel senso di rendere inammissibile il recesso, una volta che le parti abbiano sottoposto le loro richieste all'organo giudicante, anche qualora la richiesta sia stata presentata in fase successiva all'esercizio dell'azione penale, cfr. Cass. pen., sez. III, 9.12.1997, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1890; Cass. pen., sez. I, 21.11.1997, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1894. Sul punto, F. PERONI, *L'applicazione della pena su richiesta*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *La giustizia penale consensuale – concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, Torino, 2004, p. 32.

¹⁸³ «Die Fairness der Diversion ist grundsätzlich dadurch gewährleistet, dass es dem Beschuldigten bis zu einem nicht bloß vorläufigen Rücktritt jederzeit offen steht, auf einen Prozess zu dringen, ein Recht, über das er ausdrücklich zu belehren ist. Ihm wird also nichts an Verteidigungsrechten genommen», così F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 330, che vede propriamente nella possibilità sempre aperta di «pretendere» la prosecuzione del processo penale in luogo dell'*iter* alternativo – diritto di cui l'accusato deve essere espressamente informato – il fondamento dell'equità della diversione, che in questo modo non coincide con l'annullamento delle garanzie difensive. Coerentemente, la normativa austriaca al § 207 assicura una corretta informazione dell'indagato in ordine ai suoi diritti, primo fra tutti, appunto, quello di richiedere in ogni momento la continuazione del processo ordinario. Nulla di diverso, d'altronde, da quanto richiesto a livello internazionale, cfr. § 7 *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, Risoluzione n. 12/2002, adottata dall'O.n.u. il 26 febbraio 2002, e § 1 della Raccomandazione R. (99)19 del Consiglio d'Europa in tema di mediazione penale. Il punto sarà ampiamente trattato *infra*, in quanto costituisce propriamente il nodo centrale per una legittimazione estrinseca della diversione.

di partenza utili a favorire una più ampia riflessione, non proponendosi certo degli approdi definitivi.

Cinque sono le questioni rispetto alle quali si vorrebbe abbozzare qualche idea: quali siano i soggetti cui affidare l'avvio della diversione (e a quali affidare invece la sua gestione), con quali modalità, quali presupposti risultino necessari a che si abbandoni la strada processuale, quale segmento del procedimento scegliere come momento privilegiato per un innesto dell'*iter* alternativo e infine come regolare il rapporto con il processo all'esito, soprattutto se negativo, della diversione.

Per quanto riguarda i soggetti cui affidare l'avvio della diversione, proprio perché non si tratta di un rito negoziale¹⁸⁴, ma di un diverso modo di fornire una risposta – pur sempre istituzionale anche se ancorata al consenso dell'accusato – al reato, è opportuno che sia l'organo giudiziale – pubblico ministero o giudice – a detenere l'iniziativa nel proporre la via alternativa alla persona sottoposta al procedimento. Questa è la soluzione percorsa dall'ordinamento austriaco e da quello tedesco¹⁸⁵, e quella alle quali indirettamente anche le fonti sovranazionali paiono fare riferimento¹⁸⁶.

Il legislatore italiano ha percorso alternativamente entrambe le opzioni: l'art. 28 d.P.R. 448/88, nell'ambito del processo minorile, pone in capo al giudice il potere di disporre la sospensione del procedimento per messa alla prova, peraltro – come si è visto¹⁸⁷ – senza nemmeno richiedere il consenso dell'imputato; esattamente all'opposto, la messa alla prova per adulti, *ex art. 464-quater c.p.p.*, pone l'iniziativa in capo all'accusato, che deve presentare specifica istanza di sospensione e messa alla prova. Non appare tuttavia questa la soluzione corretta. Proprio la differenza dalle logiche che contraddistinguono i riti negoziali, tesi al compromesso e all'ottimizzazione dei costi rispetto ai benefici, induce a ritenere preferibile la prima strada: assegnare all'organo pubblico il compito di proporre all'indagato o all'imputato una forma concreta di diversione. La valutazione circa la sussistenza dei requisiti di accesso alla via alternativa, poi, specie se coinvolge profili riguardanti la realizzazione delle finalità di prevenzione generale e speciale, non può essere lasciata alla persona sottoposta al procedimento, dovendo risultare invece prerogativa specifica dell'organo preposto alla tutela collettiva, dunque pubblico ministero in particolare¹⁸⁸. Anche da un punto di vista simbolico, posto che la giustizia è

¹⁸⁴ Cfr. cap. I, § 3.3.

¹⁸⁵ Cfr. cap. II, §§ 3.1 e 3.2.

¹⁸⁶ Il riferimento dei documenti è sempre al 'consenso' e non alla 'richiesta' dell'indagato o dell'imputato, cfr. cap. II, §§ 1 e 2.

¹⁸⁷ Cfr. cap. II, § 4.1.

¹⁸⁸ È chiaro che questo implicherebbe una parziale trasformazione delle competenze normalmente attese dagli organi giudiziari. In particolare al pubblico ministero vengono in questo modo richiesti «soziales

anche ‘rappresentazione’ e ogni scelta processuale è piena di messaggi impliciti ed espliciti veicolati al cittadino¹⁸⁹, il gesto compiuto da parte dello Stato di offrire per primo una risposta al reato condivisa e responsabilizzante mostrebbe un volto della giustizia meno ‘pauroso’, e farebbe dell’ordinamento non un nemico cui opporsi, dinamica inevitabile e tipica del processo penale¹⁹⁰, ma l’espressione della comunità cui si appartiene, comunità che non vuole allontanare ma al contrario ricostruire la condivisione dei valori fondativi e la relazione di appartenenza recisa dal reato.

Tra i soggetti dell’apparato della giustizia – lo si è in parte già detto – sembra preferibile assegnare in particolare al pubblico ministero, piuttosto che al giudice, il compito di proporre le alternative al processo, che dovrebbero essere principalmente innestate nell’ambito delle indagini preliminari¹⁹¹. Le riflessioni compiute in merito all’obbligatorietà dell’azione penale e alla tutela dei valori ad essa sottesi¹⁹² portano a ritenere corretta tale opzione, rispettosa del ruolo che questi ricopre nella dinamica processuale nonché coerente con la funzione che svolge nel rappresentare gli interessi che si assumono violati dal fatto-reato. Prima dell’esercizio dell’azione penale e della giurisdizionalizzazione della vicenda, il pubblico ministero è infatti il *dominus* delle indagini; la sussistenza dei presupposti necessari per andare a giudizio è circostanza che viene affidata alla sua valutazione. Sarebbe dunque logico affidare allo stesso la parallela valutazione circa la presenza dei presupposti per intentare la deviazione dal processo, soprattutto se si abbraccia la lettura che vede nella proposta di diversione una diversa modalità di esercizio dell’azione, o un suo esercizio implicito.

Per quanto riguarda i soggetti cui deve essere demandato l’accompagnamento del percorso alternativo, una volta che il processo sia stato sospeso, è necessario si tratti di persone appositamente formate¹⁹³ e soprattutto esterne al sistema processuale penale

Verständnis und Kreativität (sensibilità sociale e creatività)», nella ricerca delle soluzioni più efficaci, ma anche «Einfühlungsvermögen und entsprechende Kommunikationsfähigkeiten (capacità di immedesimarsi e relativa attitudine comunicativa)», W. PILGERMAIR, B. LODERBAUER, *Diversion aus der Sicht des Staatsanwaltes*, R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (Hrsg.), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, 1999, p. 59. Che una trasformazione del modo di lavorare degli operatori della giustizia – in questo preciso senso – sia già in atto è quanto è messo in luce da M.L. LO GATTO, *La giustizia riparativa nella visione della magistratura: risorsa o rischio?*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 181 s.

¹⁸⁹ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, p. 310, significativamente intitola il paragrafo dedicato agli spazi del processo «*Theatrum judiciale*».

¹⁹⁰ Cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia dell’incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell’incontro*, Il Saggiatore, Milano, 2015, p. 280, come citata anche al cap. III, § 2.

¹⁹¹ Sul punto, *infra*.

¹⁹² Cfr. § 2.2.

¹⁹³ Insiste in modo particolare su questo punto la Raccomandazione R. (2010)1 in tema di *probation*, di cui ai §§ 23-28.

ordinario. «L’auspicata separatezza e autonomia si realizza, innanzitutto, evitando di attribuire al giudice il ruolo di mediatore»¹⁹⁴, ciò che non è stato invece affermato con chiarezza nella normativa del giudice di pace, il quale può assumere le vesti del conciliatore e poi decidere sul medesimo caso d’autorità¹⁹⁵. Nemmeno al pubblico ministero – sarebbe scontato dirlo se non fosse che l’abrogato art. 564 c.p.p. prevedeva esattamente il contrario – si addice la «maschera del pacificatore»¹⁹⁶, dal che risulta evidente la necessità di una proficua e stretta collaborazione con enti esterni – possibilmente pubblici o comunque sovvenzionati da enti pubblici, posto che si deve trattare di un servizio gratuito per chi vi accede¹⁹⁷ – cui demandare la gestione della fase operativa delle alternative al processo¹⁹⁸.

Passando alla seconda questione, relativa alle modalità e alle regole che devono connotare la proposta di diversione, viene in rilievo innanzitutto il principio di uguaglianza, diretto precipitato dell’obbligatorietà dell’azione penale. Per garantire, in presenza dei presupposti legalmente stabiliti, un trattamento eguale, l’unica via è quella di rendere obbligatoria la proposta di diversione ogni qual volta sussistano i requisiti richiesti. Solo così si evita infatti di lasciare alla sensibilità del singolo magistrato la scelta circa l’opzionabilità dell’alternativa¹⁹⁹.

¹⁹⁴ R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 180.

¹⁹⁵ L’accesso a centri di mediazione esterni, pur prevista dall’art. 29 d.lgs. 274/2000, è infatti una mera eventualità, potendo il giudice, ai fini della remissione di querela, intentare in prima persona una pacificazione tra le parti in giudizio. La scelta del legislatore è stata ampiamente criticata, cfr. R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 180; G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 161 ss., per il quale «occorre chiarire che la mediazione deve essere necessariamente extragiudiziale, almeno nel duplice senso che si svolge all’esterno del procedimento penale e che non termina mai con un “giudizio”, essendo caratterizzata, qualora abbia esito positivo, da una recuperata relazione tra vittima e offensore, in cui è conseguito il reciproco riconoscimento della propria umanità, dolente ma anche non risentita e semmai fiduciosa nel futuro».

¹⁹⁶ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 669. Sul punto, cfr. anche G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 151. La normativa prevedeva peraltro la presenza obbligatoria del difensore e la garanzia della non inserzione della documentazione relativa al colloquio nel fascicolo per il dibattimento, con ciò fornendo spunti interessanti in ordine alle modalità di concreta separazione dei due ambiti, formale e informale, sulle quali *infra*.

¹⁹⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 100.

¹⁹⁸ Così anche G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 511, secondo cui né al pubblico ministero, né al giudice si attribuiscono «ruoli per la loro natura spettanti al mediatore» e ogni scelta diversa «si pales[erebbe] quanto mai inopportuna».

¹⁹⁹ Esattamente l’opposto di quanto avviene con l’attuale messa alla prova per adulti, in cui il pubblico ministero può, e peraltro nulla è detto sui criteri che dovrebbero guidare tale facoltà, avvisare l’indagato della possibilità di richiedere la messa alla prova, cfr. art. 141-*bis* disp. att. c.p.p.

Una simile regola poi, per essere effettiva, deve necessariamente prevedere un rimedio che ne sanzioni l'eventuale inosservanza. Analogamente a quanto avviene in sede di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari potrebbe essere investito del compito di vegliare sulla corretta applicazione della norma, così come potrebbe essere previsto un apposito controllo, sempre del g.i.p., sull'attivazione della diversione stessa. Il punto, per la verità, è assai delicato; esigenze di celerità e semplicità dell'*iter* alternativo, forte della sua natura non punitiva, si contrappongono a esigenze di controllo, direttamente discendenti dall'art. 112 Cost. Sulla questione sarebbe necessaria una riflessione più ampia di quella che è possibile operare in queste righe. Da un parte può infatti apparire paradossale che in caso di archiviazione sia necessaria una verifica del g.i.p., e immaginare che non sia invece previsto lo stesso controllo su di un procedimento assai più incisivo nella sfera personale dell'indagato, quale la diversione. Dall'altra si potrebbe argomentare che tale controllo è richiesto proprio nell'ipotesi di inerzia del p.m. e a causa di quest'ultima, onde evitare una sua inattività strumentale o illegittima. Là dove invece una reazione al reato vi sia, tale necessità potrebbe venire meno, posto che si tratta di un intervento non punitivo fondato sul consenso dell'accusato. Obiettivi di efficienza, di economia e soprattutto di rapida furuscita dal circuito penale dei soggetti coinvolti sarebbero ulteriori elementi che spingerebbero in tale direzione. D'altra parte «la consapevolezza che il principio di obbligatorietà impone al legislatore l'individuazione di strumenti atti ad assicurare l'osservanza nella concreta prassi giudiziaria, non ci autorizza affatto a concludere che la soluzione dell'archiviazione giudiziale [...] debba considerarsi infungibile nella prospettiva del rispetto dell'art. 112 Cost.»²⁰⁰.

La previsione di una causa di nullità per inosservanza dell'obbligo di proporre la diversione dove prevista, esperibile in giudizio, eventualmente solo a seguito di una condanna²⁰¹, sarebbe poi in ogni caso un elemento imprescindibile per garantire l'effettività dell'obbligo stesso.

Quanto al requisito soggettivo che deve connotare la proposta di diversione perché la stessa sia praticabile²⁰², si ritiene debba essere lo stesso sulla cui base il pubblico

²⁰⁰ Così E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., p. 12.

²⁰¹ Questa la soluzione adottata dalla normativa austriaca, comprensibile alla luce dell'intento di non costringere l'imputato ad 'autoincriminarsi' in giudizio tramite l'eccezione della mancata proposta di diversione, anche a scapito delle esigenze di economia processuale, cfr. § 281, Abs. 1, n. 10a, öStPO.

²⁰² È stato infatti detto che «il problema più grave nei rapporti con il processo penale è costituito proprio dalla determinazione del *requisito soggettivo per l'instaurazione della mediazione*, cioè da quanto richiesto per verificare adeguatamente la disponibilità a una relazione dialogica tra l'offeso dal reato e il soggetto nei cui confronti si procede, senza [...] violare presunzione d'innocenza e diritto di difesa», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 160.

ministero eserciterebbe l'azione penale, e cioè la sussistenza di elementi tali da sorreggere l'accusa in giudizio²⁰³ o, in altre parole, «una realistica verifica della fondatezza dell'accusa»²⁰⁴.

Sempre con riguardo alle caratteristiche che dovrebbero connotare la proposta di diversione, accanto all'obbligatorietà rileva, sempre in analogia a quanto avviene con l'azione penale²⁰⁵, l'irretrattabilità della stessa, cioè la sua vincolatività anche nei contenuti concreti che la compongono²⁰⁶. Si evita così il rischio che la proposta di diversione possa divenire uno strumento per vagliare la responsabilità penale dell'indagato, non potendo accadere che, nel caso di dubbio sul coinvolgimento dello stesso nelle dinamiche del delitto, il pubblico ministero saggi la disponibilità alla riparazione per fortificare una ricostruzione dei fatti allo stato traballante e poi proseguire con l'iter processuale normale. L'impossibilità per il pubblico ministero di ritrattare la proposta eviterebbe cioè una strumentalizzazione del consenso come *declaratio contra se* implicita.

Il ragionamento si sposta a questo punto sul piano dei presupposti della diversione, ovvero sull'individuazione delle situazioni a fronte delle quali prevedere l'azionabilità, *rectius*, la doverosità di azionare il percorso riparativo.

La previsione di presupposti chiari e determinati – lo si è già visto²⁰⁷ – è snodo fondamentale per la salvaguardia del principio di legalità e di uguaglianza. Solo attraverso

²⁰³ Le fonti sovranazionali si sono più volte occupate del punto, raccomandando di proporre strumenti alternativi al processo solo a fronte di un quadro probatorio sufficientemente chiaro, cfr. il cap. II, §§ 1 e 2.1., e nello specifico i §§ 7 e 8 dei *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, Risoluzione n. 12/2002, adottata dall'O.n.u. il 26 febbraio 2002, nonché il § 14 della Raccomandazione R. (99)19 del Consiglio d'Europa in tema di mediazione penale. Coerentemente con quanto richiesto a livello internazionale, i requisiti d'accesso per la diversione in Austria prevedono la sussistenza di un «hinreichend aufgeklärten Sachverhalt», cioè di un fatto sufficientemente chiaro, § 198 öStPO. Di «un'ipotetica sussistenza allo stato degli atti» del reato parla G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 161, che ritiene sia questo il presupposto anche per la messa alla prova minorile. Non dissimile quanto sostenuto dalla dottrina austriaca, che ritiene di poter dire, «mit aller Vorsicht», ossia con ogni prudenza del caso, che «Konsensual wird die wahrscheinliche historische Wahrheit in der Hypothetischen Form jenes Verdachts anvisiert, auf dessen Basis auch die Anklage erhoben wird; der Sachverhalt wird aber nicht zum Gegenstand einer autoritativen Festellung», cioè che il consenso si esprime sulla verità storica probabile espressa nella forma ipotetica dello stesso sospetto sulla cui base verrebbe esercitata l'azione penale. Il fatto non è invece oggetto di un accertamento autoritativo; così F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., p. 335.

²⁰⁴ E. MARZADURI, voce *Azione*, cit., p. 2.

²⁰⁵ Diversa è la posizione dell'indagato o imputato, che deve poter al contrario in ogni momento ritirare il consenso alla diversione, cfr. § 1.3.

²⁰⁶ Si è parlato a tal proposito di «Immutabilitätsprinzip», cfr. R. WALTER, K. ZELENY, *Die Diversion durch den Staatsanwalt*, cit., p. 447. Ciò non significa che, qualora la proposta di diversione avanzata risulti impraticabile per cause non ascrivibili all'indagato (per es. nel caso in cui la persona offesa non sia disponibile a un percorso di mediazione o non si individui un ente disposto a ricevere prestazioni di pubblica utilità), non sia possibile rimodularne i contenuti, opzione questa anzi necessitata dal fatto che l'impossibilità di realizzare un determinato percorso non può gravare sull'interessato incolpevole.

²⁰⁷ Cfr. § 2.2.

la netta differenziazione dei casi in cui l'ordinamento ha il dovere di tentare la via non punitiva si evitano i problemi connessi all'indeterminatezza della norma penale²⁰⁸.

La determinazione in concreto di tali principi è questione perlopiù politica, collegata alla valutazione che si compie di ciò che può essere efficacemente affidato ad una gestione di tipo non autoritativo-punitivo, e ciò che invece richiede necessariamente tale tipo di reazione. Decidere cioè rispetto a quale soglia di pena bloccare l'accesso alla diversione è questione che esula dai compiti del presente lavoro. Si può solo rilevare in questa sede come il criterio centrale che dovrebbe muovere le determinazioni del legislatore dovrebbe essere, non la volontà di sfruttare il tema securitario per facili rincorse elettorali²⁰⁹, bensì il perseguimento degli scopi di prevenzione e pacificazione sociale. Orizzonte finale degli istituti in parola deve essere infatti la «pura e pragmatica razionalità di scopo che tipicamente orienta – dovrebbe orientare – il sistema penale, quale strumento laicamente orientato ai soli fini di utilità sociale»²¹⁰.

Questione di massima rilevanza è poi costituita dal momento processuale in cui si sceglie di favorire l'innesto della via alternativa.

La fase preferibile, come accennato, risulta quella delle indagini preliminari, di modo che la procedura alternativa confluisca in un provvedimento di archiviazione²¹¹. Il vantaggio diretto più importante che si otterrebbe così riguarda la separatezza delle fasi che caratterizza il rito penale italiano. Essa permetterebbe, in caso di esito negativo della diversione e conseguente esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, di intentare un processo del tutto indipendente dalla vicenda alternativa. Il giudice dibattimentale chiamato a pronunciarsi sarebbe ignaro del consenso espresso dall'imputato a riparare e non risulterebbe così influenzato nelle sue determinazioni.

²⁰⁸ Nonostante l'apparente lontananza dai canoni di giuridicità di tale fase, è proprio il p.m. a dover incarnare il ruolo di custode del principio di legalità, in questi termini, W. PILGERMAIR, B. LODERBAUER, *Diversions aus der Sicht des Staatsanwaltes*, cit., p. 58.

²⁰⁹ Ciò che è avvenuto con riguardo alla determinazione dei limiti d'accesso per la messa alla prova per adulti, le cui vicende nelle diverse trasposizioni della norma riflettono esattamente questo tipo di tendenza: i limiti oggettivi, infatti, sono stati ampliati (da tre a quattro anni di pena edittale nel massimo, art. 464-bis, c.p.p.), per non rischiare che il rito risultasse poco appetibile e dunque scarsamente deflativo; al contempo, tuttavia, sono stati predisposti limiti soggettivi via via più rigidi, con la sola ragione plausibile di comunicare all'opinione pubblica una maggiore rigidità nello scegliere i soggetti 'meritevoli' di istituti che paiono forieri di sostanziale impunità. Sul punto C. CESARI, sub *art. 464-bis*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2125.

²¹⁰ C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit. p. 112.

²¹¹ Si tratterebbe di una soluzione analoga a quella prescelta dal legislatore tanto nella giurisdizione di pace quanto in quella ordinaria per le ipotesi di particolare tenuità del fatto; valgono anche per la diversione le riflessioni che sono state compiute rispetto a quel tipo di istituto e cioè che «la stessa componente teleologica dell'istituto, che unisce la depenalizzazione in concreto alla tutela dal pregiudizio individuale patito con la soggezione al processo, porta ad individuare nell'archiviazione l'esito preferibile», D. NEGRI, *I due volti del giudice di pace nella dinamica del contraddittorio*, cit., p. 125.

Come gli altri atti di indagine capaci di incidere sulla valutazione del giudice dibattimentale, infatti, anche la proposta e l'eventuale accettazione di un incontro di mediazione potrebbe rimanere estranea dall'ambito conoscitivo del giudice, e quindi esclusa dal fascicolo per il dibattimento.

Qualora la diversione venisse invece attivata davanti al giudice dibattimentale, evenienza questa che non vi è ragione di escludere categoricamente potendo in astratto un'alternativa al processo avere luogo in qualsiasi momento purchè anteriore all'emissione di una sentenza²¹², si potrebbe immaginare la previsione in caso di esito negativo di una causa di incompatibilità per il giudice a proseguire nel giudizio, da inserirsi fra le ipotesi di cui all'art. 34 c.p.p.²¹³.

Le altre regole che devono connotare la prosecuzione del giudizio in caso di esito negativo della prova riguardano soprattutto il destino da riservarsi alle dichiarazioni emesse nel corso dell'*iter* alternativo, a partire dal consenso al suo avvio, passando per i contenuti veri e propri, fino ai motivi del fallimento e del rientro nei binari processuali²¹⁴. La netta separatezza funzionale dei due procedimenti²¹⁵ si deve tradurre in una altrettanto netta separatezza dei contenuti che vi emergono, pena un inevitabile inquinamento nella valutazione del giudice in caso di prosecuzione del processo²¹⁶. Si tratta del punto forse più ampiamente sottolineato nei documenti internazionali²¹⁷ e in dottrina – a tal proposito si parla dell'alternativa al processo come di una “zona franca” dalle regole tipiche del

²¹² Cfr. la definizione data al cap. I, § 3.4.

²¹³ La Corte di cassazione, invero, pare orientata nel senso opposto, negando valore compromissorio ai fini dell'imparzialità nel giudizio alle valutazioni concernenti l'ammissibilità della messa alla prova *ex art. 464-bis* c.p.p. Soltanto in caso di «esuberanza motivazionale dell'ordinanza» sarebbe possibile richiedere una verifica in concreto dell'imparzialità del giudice mediante gli istituti della astensione per gravi ragioni di convenienza, *ex art. 36, co. 1, lett. h)*, c.p.p., e della ricusazione per indebita manifestazione del proprio convincimento, *art. 37, co. 1, lett. b)*, c.p.p., così, Cass., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 14750, in *Dir. e giust.* 2016, n. 18, p. 88, con nota di F.G. CAPITANI.

²¹⁴ «Vanno vagliati la stessa procedura di mediazione e il regime di conoscibilità e utilizzabilità di quanto accaduto durante il suo svolgimento da parte dell'autorità giudiziaria, soprattutto nel caso di esito negativo dell'esperimento mediatorio», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 150.

²¹⁵ Vi è chi ritiene che «impermeabilizzare il “luogo” giudiziario da ogni influsso conoscitivo nascente dai contenuti elaborati o acquisiti nel corso della pratica mediativa» – o altrimenti alternativa – costituisca l'«esigenza principe», così G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione*, cit., p. 519.

²¹⁶ «Va qui adeguatamente tutelato il diritto dell'imputato (o indagato) di non nuocere a se stesso», diritto del quale si avrebbe «una inammissibile compressione se le eventuali ammissioni dell'offensore in sede di mediazione fossero utilizzabili a suo carico in sede giudiziaria», R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 186.

²¹⁷ Già il documento conclusivo del Convegno internazionale al Cairo nel 1984 sanciva che «le ammissioni e le dichiarazioni fatte in sede di mediazione e di *diversion* non devono essere utilizzate come prove nel processo penale instaurato successivamente all'esito negativo della mediazione», *Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «diversion» e mediazione (Cairo, 1-7 ottobre 1984)*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 537. Altrettanto nette sono le indicazioni contenute dai §§ 8, 14 e 17, *Basic Principles*, cit.

giudizio penale²¹⁸ – e sul quale la prassi operativa instauratasi fra magistrati e Uffici di mediazione ha prestato la maggiore attenzione²¹⁹. Non altrettanto può dirsi del legislatore: malgrado il precedente positivo rappresentato dall'art. 29, co. 5, d.lgs. 274/2000, il quale, nell'ambito del tentativo di conciliazione del giudice di pace o dei centri di mediazione preposti, prevede espressamente la non utilizzabilità in giudizio di quanto emerge in quelle sedi²²⁰, l'analoga norma che era stata predisposta per l'istituto della messa alla prova per adulti è scomparsa durante il passaggio in Senato del disegno di legge, lasciando così un vuoto, peraltro voluto e non frutto di una dimenticanza, sul quale si sono sollevate le più ampie critiche²²¹.

Particolarmente delicato è il momento in cui i servizi di giustizia riparativa comunicano l'esito del percorso mediativo, qualora di mediazione si tratti, al pubblico ministero o al giudice, nel caso in cui non abbia buon esito. I motivi di fallimento possono essere molteplici – venir meno della volontà, mancanza dei presupposti per un incontro o

²¹⁸ Si afferma in particolare che «poiché il minore, in quanto indagato, ha diritto, come ogni indagato, al silenzio [...] le affermazioni da lui rese davanti ai servizi, siano esse autoincriminanti o meno, non sono trasmesse al magistrato. Gli operatori che procedono si limitano a relazionare il giudice sugli esiti della stessa» creando «una sorta di “zona franca” rispetto ai principi che reggono l'istituzione processuale: con le conseguenze che il giudizio di colpevolezza, anche se virtuale, è circoscritto al giudizio sull'opportunità o meno di svolgere il tentativo di mediazione e che ogni dichiarazione dell'indagato è sottratta alla disponibilità del magistrato», F. RUGGERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., p. 194.

²¹⁹ È dell'esperienza torinese la regola per cui «di tutta l'attività svolta rimane traccia solo nel fascicolo dell'Ufficio di Mediazione. Nulla viene riferito né allegato al fascicolo del magistrato procedente». La stessa magistratura è coinvolta e condivide tale decisione, come si ricava dalle parole della dott.ssa Calcagno, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Torino, secondo cui «la assoluta sinteticità della risposta rispetto al fondamento normativo della mediazione nell'ambito del procedimento penale (accertamenti sulla personalità del minore) costituisce una sorta di incongruenza ineludibile, connessa sia alle specificità delle tecniche di mediazione che alla rigidità delle regole che governano il procedimento penale [...] l'unico strumento utile per evitare che la mediazione incida sul diritto di difesa dell'indagato o imputato è quello della segretezza totale su quanto avviene nell'ambito della mediazione», cfr. F. BUNIVA, *L'esperienza di mediazione penale nell'area torinese*, cit., p. 243.

²²⁰ La disposizione è considerata tra i «pregi» della norma da G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 153, che potrebbe «assurgere a regola generale», in quanto «ai dialoganti va assicurato che le espressioni pronunciate davanti al mediatore nello spesso difficile itinerario di presa di coscienza dei valori negati con la precedente condotta non possano incidere poi nella valutazione probatoria in sede di decisione, appunto perché trattasi di dichiarazioni rese al di fuori di un contesto mirato alla ricostruzione fattuale», p. 161; similmente anche R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 187, nota 31, il quale tuttavia denota come «il divieto è qui limitato all'uso di dette dichiarazioni “ai fini della deliberazione”»: che si è inteso riferirsi alla sentenza dibattimentale di merito. In realtà, la portata del *nemo tenetur* dovrebbe avere la stessa ampiezza che le viene riconosciuta dall'art. 63 c.p.p.: inutilizzabilità, assoluta e incondizionata, delle dichiarazioni autoincriminanti nei confronti di chi le ha rese». Le riflessioni riportate sono specificamente riferite alla mediazione penale, ma possono facilmente essere estese ad altri strumenti di giustizia riparativa, posto che tutti implicano momenti di confronto e dialogo i cui contenuti meritano di essere protetti nell'alveo della confidenzialità.

²²¹ Di «carattere largamente inquisitorio» della norma così costruita parla M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6° ed., Utet, Torino, 2015, p. 634. Critica anche A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 684.

per portare avanti il programma, come ad esempio nel caso emerga l'estraneità alla vicenda dell'accusato – ma essi non devono interessare l'autorità giudiziaria. Alla stessa dovrà soltanto essere fornita la conoscenza dell'epilogo, positivo o negativo, ed eventualmente ciò che concordemente le parti – eventualmente alla presenza dei difensori – abbiano deciso di rendere noto²²².

Manca una riflessione sulle modalità di valutazione degli altri tipi di diversione proponibili, come la riparazione indiretta tramite lo svolgimento di attività di volontariato o lavori socialmente utili. Meglio sarebbe, anche in questi casi, prevedere un ampio coinvolgimento di operatori esterni nel valutare il raggiungimento degli obiettivi di riparazione, da comunicare solo succintamente all'autorità giudiziaria, posto che non si tratta di 'giudicare' il raggiungimento di risultati predefiniti, ma piuttosto di riconoscere il significato riparativo delle azioni messe in campo. In questa direzione si muove peraltro la normativa della messa alla prova, che lascia ampio spazio valutativo in ordine alla stessa ai servizi dell'U.e.p.e. (artt. 464-*octies* c.p.p.). Tuttavia se si accoglie la tesi per cui la diversione deve avere contenuti esclusivamente riparativi il coinvolgimento dei servizi sociali adibiti alla gestione delle pene alternative al carcere non costituisce una scelta ripetibile. Assai diversa deve essere infatti la prospettiva e il modo di lavorare con persone che non hanno subito alcuna condanna e che non sono sottoposte a un 'trattamento', ma liberamente aderiscono a un percorso riparativo, rispetto al quale occorre avere specifica competenza.

La segretezza²²³ su quanto avviene permette peraltro all'accusato di esprimersi apertamente e di percepire come realmente libera la propria partecipazione al programma riparativo. Egli sa infatti che quanto da lui esternato non andrà a influenzare, in caso di recesso, il convincimento del giudice e che la sua stessa eventuale decisione di interrompere il percorso rimarrà riservata, il che assicura la conservazione di una tendenziale *virgin mind* da parte del giudice eventualmente poi chiamato a decidere²²⁴.

²²² Cfr. V. PATANÈ, *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 369; nello stesso senso, auspicando la presenza dei difensori nel momento in cui si decide quali contenuti rendere noti all'autorità procedente, G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 162: una simile regola «permette di superare tanto il pericolo di titubanze dell'imputato a manifestare disponibilità conciliativa [...] quanto il rischio che il giudice fondi, magari inconsapevolmente, il proprio convincimento su elementi estranei al contraddittorio dibattimentale».

²²³ «Proprio perché la mediazione deve restare un episodio separato dal procedimento penale, occorre proteggerla, circondandola di segretezza, se si vuole che abbia qualche *chance* di riuscita», G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, cit., p. 186.

²²⁴ Il principio di confidenzialità è richiesto quale carattere essenziale dei percorsi riparativi dai documenti internazionali in materia, cfr. cap. II, §§ 1 e 2. Sul punto A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., pp. 268 ss.

Quello che succede durante la diversione, ovvero il lavoro anche profondo e impegnativo che si compie sui fatti accaduti, non interessa e non deve interessare il sistema giudiziario²²⁵.

Identificare la fase ideale per la diversione nelle indagini preliminari non significa escludere che si possa proporre la sua attivazione anche a seguito dell'esercizio dell'azione penale, in udienza preliminare o addirittura in fase dibattimentale. Non si deve però sottovalutare che, soprattutto nella seconda ipotesi, la volontarietà dell'adesione all'alternativa risulterà inevitabilmente compressa²²⁶: l'imputato infatti non potrà che leggere fra le righe della proposta del giudice un convincimento già perfezionato in ordine alla sua colpevolezza²²⁷. La diversione avviata in una fase avanzata del processo, *in limine* di condanna, rischia di assomigliare più ad un'alternativa alla pena, piuttosto che al processo²²⁸, e dovrebbe perciò costituire un'eccezione e non la regola. A riprova di come durante le indagini preliminari sussista una maggiore libertà dell'accusato nell'accettare o rifiutare la proposta stanno le statistiche austriache in tema di adesione alla diversione, le quali mostrano una percentuale di rifiuti molto più alta nel caso in cui la proposta provenga dal pubblico ministero, percentuale che invece quasi si annulla quando l'alternativa al processo sia prospettata dal giudice²²⁹.

²²⁵ D'altra parte il giudice, allo stesso modo, si disinteressa dei motivi che portano alla remissione di una querela e all'accettazione della remissione stessa da parte dell'imputato. Un'equiparazione, suppure *sui generis*, con l'istituto della querela, è operato anche da F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitsselement bei der Diversion*, cit., p. 334. Non per nulla entrambe le ipotesi, in caso di esito positivo della ricomposizione del conflitto, si concludono con una pronuncia – archiviazione o proscioglimento – per 'improcedibilità' del fatto, così esprimendo l'estraneità del merito dalla decisione conclusiva, come richiesto dalla condizione di legittimità di cui al cap. IV, § 1.2.

²²⁶ Si crea una situazione equiparabile a quella «che vede il giudice del dibattimento impegnato, in coppia anomala con il pubblico ministero, a convincere la difesa ad acconsentire sull'acquisizione come prova di tutti i verbali formati durante la fase preliminare», in quanto anche in quella situazione, potenzialmente, «il giudice sfrutta come efficace quanto subdola arma di ricatto la propria competenza a decidere sul merito della responsabilità penale», D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., p. 489. Sul fenomeno delle lusinghe e delle minacce che si riscontra nelle aule di tribunale per indurre alla prova patteggiata, v. B. GALGANI, *Commento all'art. 40, l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 505.

²²⁷ Già la dottrina in tema di messa alla prova e mediazione minorile si è preoccupata di «porre l'accento sull'ovvia considerazione che una mediazione intervenuta solo a processo iniziato ha un'efficacia ben diversa da quella proposta nella fase di indagini, quando la posizione dell'indagato non è ancora pregiudicata dall'accertamento della sua colpevolezza. [...] Si intende rimarcare che il richiesto accertamento di colpevolezza per accedere all'istituto della messa in prova comporta l'assimilazione di questo procedimento a quello che, successivamente ad una sentenza di condanna, può implicare l'irrogazione di una pena alternativa», F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., p. 199.

²²⁸ Questo perché in una fase avanzata «la struttura processuale ha già posto i presupposti per una soluzione autoritativa: all'accertamento della colpevolezza dovrà infatti seguire la pena prevista. Allorché questo accertamento viene [...] “fissato” [...] non credo suoni particolarmente eterodosso sostenere che la mediazione non costituisce un'alternativa al processo, ma un'alternativa alla pena», F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., p. 199.

²²⁹ Cfr. *Sicherheitsbericht 2011, Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege, Bericht der Bundesregierung über die innere Sicherheit in Österreich – Teil des Bundesministeriums für Justiz*.

3.3. *La libertà del consenso come chiave.*

Riprendendo la domanda iniziale circa i modi per garantire la più ampia libertà possibile del consenso e operando una lettura complessiva di quanto si è detto, si può giungere a qualche riflessione generale. Ciò che si vorrebbe mettere in luce è il legame inscindibile che intercorre tra effettività delle garanzie e libertà del consenso da un lato, e tra libertà del consenso e legittimità della diversione, dall'altro.

Quanto più si è in grado di assicurare il pieno dispiegamento delle garanzie processuali – presunzione di non colpevolezza in testa –, e questo in particolare nel caso in cui l'*iter* alternativo abbia esito negativo, tanto più l'adesione all'alternativa al processo può dirsi libera, in quanto l'accusato sa di poter in ogni momento contare sull'intero corredo di strumenti preposti a sua tutela; al contempo, quanto più è assicurata l'effettiva libertà del consenso, tanto più la diversione – nel contesto del sistema processuale ordinario in cui viene inserita – può dirsi rispettosa dei canoni del garantismo penale, non traducendosi in una compressione del diritto al processo e alla difesa, il che la rende convenzionalmente e costituzionalmente legittima.

A ciò si potrebbe obiettare che una volta che l'indagato o l'imputato abbiano accettato di prender parte a un percorso informale di risoluzione del conflitto, la persona assume con il consenso la responsabilità di portare a termine positivamente gli impegni presi, e qualora questo non accada è in nome di quella stessa responsabilità che l'ordinamento potrebbe far legittimamente conseguire al fallimento 'colpevole' del percorso parallelo conseguenze negative in sede processuale. Potrebbe apparire paradossale – oltre che diseconomico – sforzarsi di costruire meccanismi processuali – non conoscibilità del giudice del tentativo fallito di diversione, ipotesi di incompatibilità, divieto di utilizzo probatorio del materiale formatosi – idonei ad impedire al giudice procedente di tener conto anche solo inconsciamente del tentativo di diversione fallito, per non influenzarne il giudizio. Obiezioni di questo genere, facilmente immaginabili, sarebbero pure condivisibili se non fosse che trascurano la portata e le conseguenze di quanto affermano.

Assegnare al consenso alla diversione un peso tale da farne discendere conseguenze negative per chi rientra nei binari del processo ordinario significa porre la persona – si è già detto ma costituisce il nodo centrale della questione – nella posizione di chi subisce un ricatto: l'accusato saprebbe, e percorrerebbe l'*iter* riparativo con tale consapevolezza, che, una volta accettata, la *diversion* o 'va bene' o il processo non potrà che concludersi con una condanna. Una simile situazione – se anche si ritenesse sostenibile dal punto di

vista delle garanzie processuali, diritto al processo *in primis*, in forza di un diverso valore ipoteticamente attribuibile al consenso – avrebbe tuttavia come effetto diretto lo svuotamento di significato del contenuto riparativo della diversione; non essendo di fatto più revocabile, quel consenso *nella* diversione che si è detto essere coesistente allo sviluppo di un percorso autenticamente riparativo verrebbe vanificato. Ciò non sarebbe privo di conseguenze. Impedire indirettamente la revoca del consenso e il recesso dal percorso riparativo trasformerebbe un percorso che si è detto non costituire una pena anche e soprattutto in ragione della sua volontarietà, in una critpo-pena, in quanto trattamento obbligato, non coercibile, ma certamente neppure libero. Questo, oltre a snaturare l'idea di fondo della giustizia riparativa, comporta come conseguenza il venir meno della prima condizione di legittimità intrinseca della diversione, ovvero la non punitività dell'intervento, con ciò minando alle basi la praticabilità dello strumento. Ipotizzando cioè una vincolatività, anche solo fattuale, degli impegni assunti, essi si trasformerebbero in vere e proprie sanzioni negative, il che sarebbe contrario al fondamentale principio “*nulla poena sine iudicio*”²³⁰.

Ecco che la revocabilità del consenso, da cui scaturisce lo *standard* elevato di garanzie che vanno assicurate in caso di ripresa del processo, diviene il presupposto e determina la qualità del consenso *nella* diversione, che risulta così effettivo e non oggetto di ricatto. Sotto entrambi i profili è la presunzione di non colpevolezza, *ex art. 27, co. 2, Cost.*, a venire in rilievo, con ciò confermandosi norma di punta dell'intero sistema²³¹: in un caso, come garanzia di un giusto processo verso chi abbia inutilmente esperito la via alternativa, nell'altro come garanzia da un trattamento afflittivo nei confronti di chi è presunto innocente.

Si evince poi come non solo le condizioni di legittimità intrinseche, non punitività in particolare, dipendano dall'effettività delle garanzie processuali. Anche la stessa condizione di legittimità estrinseca, l'impossibilità di assimilare il consenso ad una rinuncia all'accertamento, dipende dalle medesime garanzie. Sotto il primo profilo infatti – si è detto – solo se la persona sa di poter in ogni momento rientrare nei binari processuali senza che questo comporti degli effetti negativi assicura che la permanenza *nel* percorso riparativo possa dirsi libera. Allo stesso tempo, tuttavia, la medesima consapevolezza di poter legittimamente rinunciare in ogni momento al percorso alternativo fa sì che anche il consenso *alla* diversione risulti libero, scevro da condizionamenti.

²³⁰ Così anche M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese*, cit., p. 124.

²³¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 28 ss.

Si delinea così con chiarezza il legame tra effettività delle garanzie processuali, revocabilità del consenso, volontarietà dello stesso e legittimità della diversione. Il consenso libero *nella* diversione – reso effettivo dalla sua revocabilità, a sua volta assicurata dalla riattivazione delle garanzie in caso di ripresa del procedimento – salvaguarda la sussistenza delle condizioni di legittimità intrinseche della stessa, in particolare la non punitività del percorso; d'altro canto la libertà del consenso *alla* diversione – di nuovo legata alla sua revocabilità, congiunta alla vigenza delle garanzie processuali – realizza la condizione di legittimità estrinseca della diversione, in quanto fa sì che al consenso iniziale non possa essere attribuito il significato di rinuncia definitiva all'accertamento. Legittimità intrinseca e legittimità estrinseca trovano dunque nella libertà del consenso, complessivamente inteso, il loro punto di incontro, e – ciò che più preme sottolineare – nel pieno dispiegamento delle garanzie processuali in caso di ripresa del procedimento ordinario l'unica via di realizzazione.

Conclusioni

Non resta, in chiusura, che tirare le fila del discorso e aprire qualche ulteriore spazio di riflessione.

Nel mettere in luce le condizioni di legittimità della diversione si è voluto perseguire l'obiettivo di attribuire anche alle alternative al processo la qualità di «diritto costituzionale applicato»¹, che prima ancora connota – deve connotare – il giudizio penale.

Sotto un primo profilo, si è visto essere necessaria nel percorso alternativo l'assenza di contenuti punitivi e stigmatizzanti, motivo per cui si è proposto il connubio – effettivo e non meramente nominalistico – con il paradigma della giustizia riparativa e l'approdo della vicenda ad una causa di non procedibilità.

Sotto il secondo profilo, la diversione – e in particolare l'atto con il quale la persona consente a intentare la via alternativa – non integra e non può dall'ordinamento essere letto come una rinuncia definitiva al processo penale, con le conseguenze che ne discendono sul piano operativo affinché l'eventuale successivo giudizio sia corredato di tutte le garanzie di cui il rito si compone.

Orbene, tutto questo non è che una dimostrazione – se ce ne fosse stato bisogno – del fatto che la norma che sancisce con l'art. 27, co. 2, Cost., la preminenza della presunzione di non colpevolezza costituisce anche fuori del processo il perno attorno al quale ruota e si struttura l'intero sistema della giustizia penale: tutte le condizioni di legittimità della diversione enucleate si risolvono infatti in una concretizzazione di detto principio, considerato da entrambi i lati che lo compongono.

Il rispetto delle prime due condizioni di legittimità, attinenti allo strumento in sé considerato e che per questo sono state denominate 'intrinseche', assicura in particolare la salvaguardia della presunzione di non colpevolezza intesa come regola di trattamento: esse, posta l'assenza di un giusto processo, impediscono all'ordinamento di considerare – e dunque di *trattare* – una persona come colpevole attraverso il marchio di una sentenza o la comminazione di una pena.

La terza condizione di legittimità – il valore da (non) dare al consenso dell'accusato – , la quale costituisce una condizione relativa alla necessaria coesistenza dei due diversi paradigmi di giustizia e che si è per questo chiamata condizione di legittimità 'estrinseca',

¹ D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato"*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 17.

è indispensabile affinché continui a operare la presunzione di non colpevolezza intesa come regola di giudizio: essa impedisce all'ordinamento, di nuovo per l'assenza di un giusto processo, di considerare – e dunque di sapere, di *giudicare* – colpevole l'imputato senza l'apporto delle garanzie che assicurano al procedimento penale la maggiore attendibilità nell'accertamento.

Ferme tali condizioni, tutte, e così salvaguardata la presunzione di non colpevolezza in entrambe le sue sfaccettature, la diversione diviene una strada – almeno in astratto – praticabile.

Se lo sia anche in concreto è una domanda che coinvolge profili non affrontabili nell'economia di questo primo studio introduttivo. Ci si chiede, tuttavia, ed è con questo interrogativo che si vuole lasciare il lettore, se, oltre ad essere astrattamente praticabile, la costruzione di percorsi alternativi al giudizio penale non sia – dove possibile – anche doverosa, e ciò alla luce della Costituzione stessa. La ricerca dovrebbe allargarsi in futuro a chiarire se sia possibile ricavare dalle norme costituzionali, non solo l'imposizione di limiti precisi alla conformazione, ma anche un vero e proprio obbligo ad esplorare e a predisporre simili strumenti.

Qui non possiamo che porre l'interrogativo che più preme. Se la funzione del processo, «anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza» è «quella di garantire i diritti individuali, che nella Costituzione trovano il loro principale riconoscimento»², dovrebbe forse in nome di quegli stessi diritti fondarsi anche il dovere, ove possibile, di rinunciare al processo. Se «i valori lì espressi assumono il ruolo positivo di fondamento delle opzioni sistematiche»³, può forse dirsi che norme portanti come l'art. 2 – «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...], e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» – e l'art. 3, in particolare al comma 2, – «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» – interpellino gli attori della politica criminale al fine di immaginare e mettere a disposizione dei cittadini soluzioni dialogiche e non violente nella gestione della conflittualità sociale. Almeno per chi condivide l'asserzione secondo cui «i concetti [...] veicolati da termini quali “partecipare attivamente”, “insieme”, “consentire liberamente”, “corrispondere a bisogni individuali e

² G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 522.

³ D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”*, cit., p. 25.

collettivi” sono propri della democrazia, mentre non altrettanto può dirsi per le associazioni mentali che propone il diritto penale tradizionale, con le sue pene ‘sofferte’» – e, si aggiunge, con i suoi processi ‘tormentosi’ – e «il loro carico di violenza e dolore»⁴.

⁴ C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria “dignitosa” del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari – Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, sede di Piacenza*, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 119.

Bibliografia

AA.VV., *Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «diversion» e mediazione (Cairo, 1-7 ottobre 1984)*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 533.

AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99.

ALLEGREZZA S., BELLUTA H., GIALUZ M., LUPÁRIA L. (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012.

ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1952.

AMALFITANO C., *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 643.

AMARELLI G., *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quaderni di Scienze Penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, p. 1.

AMATO G., *Un presupposto incompatibile con l'istituto*, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78.

ANDRIESEN M., *RBS – Ein holländisches Diversionsprojekt*, in H. Kury, H. Lerchenmüller (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, p. 361.

ANDRIOLI V., *Riflessioni sull'insufficienza di prove nel processo penale*, in *Studi Torrente*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 45.

APRATI R., *Le regole processuali della particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1317.

APRATI R., LA REGINA K., MARANDOLA A. (a cura di), *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Jovene, Napoli, 2015.

ARENDT H., *Vita activa. La condizione umana*, trad. it., Bompiani, Bergamo, 2008.

ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, in Id., *Opere*, vol. VII, Laterza, Bari, 1993.

ARMENTA DEU T., LUPÁRIA L. (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili. Working paper sull'attuazione della Decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, Giuffrè, Milano, 2011.

ASTROLOGO A., *La causa di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, Bologna, 2009.

BARILE A., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 96.

BARTOLI R., *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015.

BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661.

BARTOLI R., *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1978.

BECKER H.S., *Outsiders – Studies in the sociology of deviance*, The Free Press, New York/London, 1963.

BERNARDI A., *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. Bernardi, I. Zoda, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, Padova, 2008, p. 7.

BERNASCONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milano, 1995.

BEULKE W., *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in G. Widmeir u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Dahs*, Otto Schmidt, Köln, 2005, p. 209.

BLAU G., *Diversion und Strafrecht*, in *Jura*, n. 9, 1987, p. 25.

BLAU G., *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, in H. Kury (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in der Diskussion. Berichte, Standpunkte, Analysen*, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, p. 311.

- BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Milano, 1977, p. 26.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1976, p. 533.
- BOBBIO N., *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, Giuffrè, Milano, 1971.
- BONETTI M., *Diversión: una proposta di lettura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1145.
- BONINI V., Sub *art. 29*, in M. Chiavario, E. Marzaduri (diretto da), *Giudice di pace e processo penale, Commento al d.lg. 28 agosto 2000, n. 274 e alle successive modifiche*, Utet, Torino, 2002, p. 250.
- BOSCHI M., *Sentenza di condanna atipica per l'applicazione della pena patteggiata*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 647.
- BOUCHARD M., *La galassia delle tutele (ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori la giurisdizione)*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 676.
- BOUCHARD M., voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 152.
- BOUCHARD M., *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 898.
- BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 757.
- BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015.
- BRAITHWAITE J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002.
- BRICOLA F., voce *Punibilità (condizioni obiettivi di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1967, p. 588.
- BRONZO P., *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Utet, Torino, 2015, p. 957.
- BRONZO P., *La tutela cautelare 'europea' della vittima di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1083.

BRONZO P., *Commento al D.P.R. 22 settembre 1988 n. 488, Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - Articolo 10. Inammissibilità dell'azione civile*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 108.

BRUNELLI F., *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano*, in Giu. Pisapia (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, p. 69.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Internationalen Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht*, Forum-Verl. Godesberg, Mönchengladbach, 2001.

BUNIVA F., *L'esperienza di mediazione penale nell'area torinese*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 235.

BURGSTALLER M., *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich*, Schriftreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, p. 123.

CALABRESI M., *Spingendo la notte più in là. Storia della mia famiglia e di altre vittime del terrorismo*, Mondadori, Milano, 2007.

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2° ed., Cedam, Padova, 1943.

CAMPANINI C.M., *Alternative al giudizio penale nell'ordinamento nordamericano: le tecniche di "diversion"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 131.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007.

CAPRIOLI F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 82.

CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in G. Forti, D. Pulitanò, M. Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 199.

CAPRIOLI F., *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 *Cass. pen.*, 2012, p. 7.

CAPRIOLI F., MELILLO G., RUGGERI F., SANTALUCIA G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3496.

CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 135.

CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994.

CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009.

CARAVITA B., *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero*, in A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del Convegno di Perugia, 20-21 aprile 1990, Jovene, Napoli, 1991, p. 1057.

CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946.

CARNEVALE S., *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità. (Dei delitti e delle pene, § XVI)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, n. 2, p. 313.

CARNEVALE S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004.

CARRARA F., *Della rejudicata in criminale*, in Id., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 497.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Il Mulino, Bologna, 1993.

CARTABIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 33.

CARULLI N., *L'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1958.

CASTRONUOVO D., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., VALENTINI V., *Diritto penale della sicurezza del lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

CATALANO M.E., *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789.

CAVALIERE A., *L'obbligatorietà dell'azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in S. Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 327.

CENTORAME F., *"Onori e oneri" della confessione: dai collaudati schemi della collaborazione processuale alle nuove frontiere della reparative justice*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 101.

CERETTI A., NATALI L., *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009.

CERETTI A., *Quale perdono è possibile donare? Riflessioni intorno alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione sudafricana*, in *Dignitas – Percorsi di carcere e di giustizia*, n. 6/2004, p. 32.

CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 772.

CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative alle controversie*, Guerini, Milano, 2001, p. 307.

CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 713.

CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 19.

CERETTI A., *Come pensa il Tribunale per i Minorenni. Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1990*, Franco Angeli, Milano, 1996.

CESARI C., *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 176.

CESARI C., sub art. 464-bis, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2122.

CESARI C., sub art. 464-quater, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2134.

CESARI C., sub art. 464-quinquies, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2137.

CESARI C., sub art. 464-septies, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 2139.

CESARI C., *Sospensione del processo e messa alla prova*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 341.

CESARI C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, 6° ed., Utet, Torino, 2015.

CHIAVARIO M., *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 31.

CHIAVARIO M., *Processo penale e alternative, spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 407.

CHIAVARIO M., *Commento all'art. 6*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2002, p. 158.

CHIAVARIO M., *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in M. Delmas-Marty (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, 2° ed. it. a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova, 2001, p. 497.

CHIAVARIO M., *La vittima del reato e la Convenzione europea dei diritti umani*, in AA.VV., *La vittima del reato questa dimenticata*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2001, p. 106.

CHIAVARIO M., voce *Giusto processo. II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, agg. 2001, Roma, p. 1.

CHIAVARIO M., *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1515 ss.

CHIAVARIO M., *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2660.

CHIAVARIO M., *Archiviazione, obbligatorietà dell'azione penale e riforma del c.p.p.*, in *Quad. Giust.*, 1986, p. 45.

- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, I-II, Giuffrè, Milano, 2° ed., 1982.
- CHIAVARIO M., *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze, prospettive e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 885.
- CHINNICI D., *Il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla "scommessa" sulla mediazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 876.
- CHRISTIE N., *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, EGA, Torino, 1985.
- CIAMPI S., *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1985.
- CIAVOLA A., *La mediazione come strumento privilegiato della giustizia riparativa*, in G. Giostra (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015, p. 197.
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010.
- CIAVOLA A., PATANÈ V., *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 140.
- COLAMUSSI M., *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giustizia*, 2012, n. 6, p. 123.
- COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Cedam, Padova, 2010.
- COLAMUSSI M., MESTITZ A., voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Utet, Torino, 2010, p. 558.
- COLAMUSSI M., *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la "messa alla prova". Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2809.
- COLOMBO G., *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla – Si può educare al bene attraverso il male?*, Ponte delle Grazie - Salani, Milano, 2013.
- CONIGLIARO S.C., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato – una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2012.
- CONTE R., *L'obbedienza intelligente. Come e perché si rispettano le norme*, Laterza, Roma/Bari, 1997.

CONTI C., *Messa alla prova: prime applicazioni dell'istituto*, in *Treccani – Il libro dell'anno del diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, p. 648.

CORBI F., *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1048.

CORDERO F., voce *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 665.

F. CORDERO, *Procedura penale*, 2° ed. Giuffrè, Milano, 1993.

CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Giappichelli, Torino, 1992.

CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981.

CORDERO F., *Procedura penale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1977.

CORDERO F., *La decisione sul reato estinto*, in *Id., Ideologie del processo penale*, Cedam, Padova, 1966.

CORDERO F., voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Utet, Torino, 1964, p. 578.

CORDERO F., *Situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957.

CRESSEY D.R., MCDERMOTT R.A., *Diversion from Juvenile Justice System. National Assessment of Juvenile Correction*, University of Michigan, 1973.

D'AGOSTINI F., *L'uso scettico della verità*, in G. Forti, D. Pulitanò, M. Caputo (a cura di), «*Verità*» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di, Jovene, Napoli, 2014, p. 24.

D'ELIA G., *Art. 112*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, Torino, 2006, p. 2126.

DALIA A.A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, 7° ed., Cedam, Padova, 2010.

DANIELE M., *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedurali*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 42.

DE NAUW A., *Les modes alternatifs de règlement des conflicts en droit pénal belge*, in *Rev. Dir. Pén. et Crim.*, 1997, p. 357.

DEL COCO R., *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle ‘Lezioni di Lovanio’ di Michel Foucault*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 51.

DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato* (1930), in Id., *Diritto penale – Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 3.

DELLA CASA F., *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) “pay-back sanction”?* *Equivoci sul significato dell’art. 47 co. 7 O.p.*, in *Leg. pen.*, 2004, n. 4, p. 380.

DELLA TORRE J., *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont. on line*, 11 febbraio 2016.

DELLA TORRE L., *Attuazione di meccanismi di “Restorative Justice” in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1943.

DEMONDON S.A., *Philippines – Diversion and Mediation*, in *Revue Internationale de Droit Pénale*, 1983, vol. 54, p. 989.

DI BITONTO M.L., *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

DI CHIARA G. (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009.

DI CHIARA G., *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 500.

DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, in G. Fiandaca, G. Di Chiara (a cura di), *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 187.

DI CHIARA G., *L’architettura dei presupposti*, in P. Pittaro, G. Di Chiara, F. Rigo, F. Peroni, G. Spangher (a cura di), *Il patteggiamento*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 23.

DI CHIARA G., *In tema di modelli differenziati speciali: riti semplificati minorili e “messa alla prova”*, in *Foro it.*, 1995, p. 2393.

DI GENNARO G., *Aspetti teorici e pratici del probation*, in *Quad. crim. clinica*, 1970, p. 323.

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

DI PAOLO G., *Riflessioni in tema di “probation” minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2866.

DIDDI A., *La fase di ammissione alla prova* in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 109.

DIRNEICHNER U., *Der nordamerikanischer Diversionsansatz und rechtliche Grenzen seiner Rezeption im bundesdeutschen Jugendstrafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M./Bern/New York/Paris, 1990.

DÖLLING D., *Diversion*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, 5. Band, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1998, p. 275.

DOMINIONI O., voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 40.

DOMINIONI O., *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974.

DONINI M., *Per una concezione post riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1180.

DONINI M., *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 25.

DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 75.

DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.

EISENBERG U., *Jugendgerichtsgesetz*, 10 Aufl., C.H. Beck, München, 2004.

ESER A., *Giustizia penale “a misura d’uomo”. Visione di un sistema penale e processuale orientato all’uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1079.

EUSEBI L., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l’ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, pp. 637.

EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 57.

EUSEBI L., *Quale prevenzione dei reati? Abbandonare il paradigma della ritorsione e la centralità della pena detentiva*, in M.L. De Natale (a cura di), *Pedagogisti per la giustizia*, Vita&Pensiero, Milano, 2004, p. 64.

EUSEBI L., *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relative alla competenza del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e nuove pene non detentive: effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Atti del Convegno di Trento, 22-23 febbraio 2002, Giuffrè, Milano, 2003 p. 55.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. Picotti, G. Spangher, *Verso una giustizia penale 'conciliativa': il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 17.

EUSEBI L., *Dibattiti sulla teoria della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 813.

EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990.

FANCHIOTTI V., *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi modelli*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 725.

FANCHIOTTI V., *Speranze e delusione in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riferimento al diversion)*, in *Giust. pen.* 1983, III, p. 228.

FASOULA E., *Rückfall nach Diversions-entscheidungen im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht*, Herbert Utz Verlag, München, 2003.

FASSONE E., *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015.

FASSONE E., *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 783.

FELICIONI P., *Gli epiloghi*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Wolters Kluwer, Padova, 2014, p. 415.

FERRAIOLI M., *Prescrizione del reato e «tempi» della giustizia penale*, Atti del Convegno di Urbino, 23-24 settembre 2005, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 287.

FERRAIOLI M., *Giudizio abbreviato*, in A.A. Dalia (a cura di), *I procedimenti speciali*, Jovene, Napoli, 1989, p. 3.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1990.

FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 181.

FERRUA P., *Il “giusto processo”*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 2007.

FERRUA P., *La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 784.

FERRUA P., *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 403.

FIDELBO G., voce *Giudice di pace* (dir. proc. pen.), in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Utet, Torino, 2004, p. 242.

FIORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1953-1954.

FIorentin F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 63.

FIorentin F., *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 83.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina Raffaello Editore, Milano, 2000.

FORTI G., *Introduzione*, in AA.VV., *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, D. Pulitanò, M. Caputo, Jovene, Napoli, 2014, p. 3.

FOSCHINI G., *L'archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 124.

FOUCAULT M., *Mal fare, dir vero – Funzione della confessione nella giustizia*, trad. it., Einaudi, Torino, 2013.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Einaudi, Torino, 1976.

GAITO A., *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in AA.VV. *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

GAITO A., voce *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 810.

GALGANI B., *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in G. Giostra (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015, p. 205.

GALGANI B., *Commento all'art. 40, l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 505.

GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 2006.

GARLATI L., *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 69.

GARUTI G., *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*, Ipsa, Milano, 2003, p. 142.

GASPARINI I., *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1982.

GATTI U., MARUGO M.I., *La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un "nuovo" strumento della giustizia minorile italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, p. 85.

GIALUZ M., voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II.1, Milano, 2008, p. 13.

GIALUZ M., *Mediazione e conciliazione*, in F. Peroni, M. Gialuz (a cura di), *La giustizia penale consensuale – concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, 2004, p. 103.

GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., 2001, Roma, p. 1.

GIOSTRA G., *L'archiviazione – Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 2° ed., 1994.

GIUFFRIDA M.P., *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Alss*, n. 3, 2013, p. 494.

GIUFFRIDA M.P. (a cura di), *Mediazione e Giustizia riparativa. Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti*, Roma, 2005, in www.giustizia.it.

GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 343.

GIUNTA F., voce *Depenalizzazione*, in G. Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 191.

GIUNTA G., *La "diversione" degli imputati colpevoli* (sintesi del lavoro di R.M. Carter, *The diversion of offenders*, in *Federal Probation*, dicembre 1972, p. 31), in *Rass. st. penit.*, 1976, p. 66.

GOECKENJAN I., *Neuere Tendenzen in der Diversion – exemplarisch dargestellt anhand des Berliner Diversionsmodells*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

GOMBOTS R., PELIKAN C., *Austria*, in *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, impementation strategies and outcomes in 36 European countries*, I, Godesberg, Mönchengladbach, 2015.

GOODMAN A., *Probation into the Millenium: the Punishing Service?*, in R. Matthews, J. Young (eds.), *The New Politics of Crime and Punishment*, Willan Publishing, Cullompton/Portland, 2003, p. 199.

GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 17.

GREVI V., *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 47.

GRILLO P., *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento penale davanti al giudice di pace ed al tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. merito*, 2013, p. 6.

GROTE C., *Diversion in Jugendstrafrecht*, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2006.

GUARNERI G., *Modificazioni nella reazione alla criminalità. Una proposta nordamericana: il diversion*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1700.

HEINZ W., *Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht – Teil 3*, in *DVJJ-Journal*, 1999, p. 131.

HEINZ W., *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. Gesetzgeberische Zielvorstellungen, kriminologischen Grundlagen, Umsetzung in der Praxis, kriminalpolitische Folgerungen*, in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Diversion in Jugendstrafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, Forum Verlag Godesberg, Bonn, 1992.

HEINZ W., STORZ R., *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*, Bundesministerium der Justiz, 1992.

HERING E., SESSAR K., *Praktizierte Diversion – Das Modell Lübeck sowie die Diversionsprogramme in Köln, Braunschweig und Hamburg*, Centaurus Verlagsgesellschaft, Hamburg, 1990.

HIRANO R., KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI L., *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale, 1983*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 1, p. 84.

HOBBS T., *Leviatano*, trad. it., vol. I, Laterza, Bari, 1911.

HÖPFEL F., *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in R. Moos (Hrsg.), *Festschrift für Udo Jasek*, Neuerwissenschaftlicher Verlag, Wien, 2002, p. 329.

HÖPFEL F., *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in P.G. Mayr (Hrsg.), *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, Manz, Wien, 1999, p. 140.

ILLUMINATI G., *Procedimento penale di pace: ragionevole durata e garanzie fondamentali*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alcione, Trento, 2009, p. 25.

ILLUMINATI G., *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 521.

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.

JANKE M., *Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2005.

JANSSEN H., *Diversionsprogramme für Erwachsene Straftäter in den USA unter Berücksichtigung von Restitutions-elemente*, in *Bewährungshilfe*, n. 28, 1981, p. 262.

JARVERS K., *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace, la prospettiva tedesca*, in L. Picotti (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 3.

JOHNSON L.B., 382 - *Statement bz the President on Establishing the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, 26.7.1965, in J. T. Woolley, G. Peters, *The American Presidency Project*, www.presidency.ucsb.edu.

KAISER G., *Aktuelle Ergebnisse kriminologischer Forschung*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n. 103, 1986, p. 1.

KELLY W.R., *Criminal Justice at the Crossroads – Transforming Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 2015.

KERNER H.J. (Hrsg.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1983.

KILCHLING M., PARLATO L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4188.

KIRCHOFF G.F., *Diversionsprogramme in den USA – Diversion zwischen Entdeckung und vor Verurteilung im Juvenile Justice System*, in H. Kury, H. Lerchenmüller (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, p. 246.

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI L., *General Report*, in *Dejudiciarisation (Diversion) et Mediation, Actes du Colloque International tenu à Tokyo, Japon, 14-16 mars 1983*, *Revue International de Droit Pénale*, 1983, p. 898.

KOSTORIS R.E., *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875.

KUHLEN L., *Diversion im Jugendstrafverfahren: Rechtliche Probleme von alternativen in Jugendstrafverfahren*, Heidelberg, Müller, 1988.

KURY H., *Diversion – Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel amerikanischer Programme*, in H. Kury, H. Lerchenmüller (Hrsg.), *Diversion – Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1981, p. 165.

LANZA E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122.

- LEMERT E.M., *Instead of Court, Diversion in Juvenile Justice*, National Institute of Mental Health, 1971.
- LEMERT E.M., *Social Pathology*, McGraw-Hill, New York/Toronto/London, 1951.
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961.
- LEONE G., voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 851.
- LINKE A., *Diversionstage in Nordrhein-Westfalen*, Lit Verlag, Berlin, 2011.
- V. LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1962.
- LO GATTO M.L., *La giustizia riparativa nella visione della magistratura: risorsa o rischio?*, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- LOGLI A., *La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi*, in M. Daniele, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 133.
- LÖSCHNIG-GSPANDL M., *Der außergerichtliche Tatausgleich in allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten*, in R. Miklau, H.V. Schroll (Hrsg.), *Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 86.
- LOZZI G., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 45.
- LÜDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale (1975)*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1995.
- LUPÁRIA L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, WolterKluwer, Milano, 2015.
- LUPÁRIA L., *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. Mastroianni, D. Savy (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 91.
- LUPÁRIA L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

MACCHIA M., *Confessione nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, p. 28.

MACI F., *Lavorare con le famiglie nella tutela minorile – Il modello delle Family group conference*, Erickson, Trento, 2011.

MANCUSO E.M., *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1970.

MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1129.

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

MARAFIOTI L., *Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 129.

MARAFIOTI L., *Giustizia negoziata e verità processuale selettiva*, in G. Forti, D. Pulitanò, M. Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 219.

MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 674.

MARCHETTI I., *Il senso del punire al cospetto della trasgressione: una riflessione sulla 'debolezza' della forza e sull'efficacia del consenso*, in I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena 'in castigo' – Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 139.

MARCHETTI I., MAZZUCATO C., *La pena 'in castigo' – un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

MARGARA A., *Al riparo dalla giustizia riparativa*, in P. Trecci M. Cafiero (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa. Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario*, Franco Angeli, Milano, 2007.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2001.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, parte generale, 5° ed., Giuffrè, Milano, 2015.

MARTINI A., *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 237.

MARTINI C.M., ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, Einaudi, Torino, 2003.

MARZADURI E., *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2015.

MARZADURI E., *La riforma dell'art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 790.

MARZADURI E., voce *Azione*, IV) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV Agg., Roma, 1996, p. 1.

MARZADURI E., sub *art. 129*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, II, 1991, p. 106.

MARZADURI E., sub *art. 529*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991.

MARZADURI E., sub *art. 530*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991.

MARZADURI E., sub *art. 531*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, V, 1991.

MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N. (a cura di), *1° Rapporto nazionale sulla mediazione penale minorile*, Gangemi Editore, Roma, 2012.

MATTEVI E., *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in L. Picotti (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 53.

MATSUO K., *Japan – Diversion and Mediation*, in *Revue Internationale de Droit Pénale*, 1983, vol. 54, p. 1095.

MAZZA GALANTI F., PATRONE I., *La messa in prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, n. 2, p. 157.

MAZZUCATO C., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro – Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015, pp. 251 ss.

MAZZUCATO C., *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari – Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, sede di Piacenza*, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 99.

MAZZUCATO C., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena 'in castigo' – Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 3.

MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne, Roma, 2005.

MAZZUCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 139.

MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 85.

MIEDICO M., *Sospensione del processo e messa alla prova anche per maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014.

MIEDICO M., *La confessione del minore nella "sospensione del processo e messa alla prova"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1292.

MIKLAU R., *Der Beschuldigte und die Diversion*, in R. Miklau, H.V. Schroll (Hrsg.), *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, Wien, 1999, p. 29.

MONTAGNA M., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Wolters Kluwer, Padova, 2014, p. 369.

MORELLI F., *Le formule di proscioglimento – Radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2014.

MORINEAU J., *Lo spirito della mediazione*, 2° ed., Franco Angeli, Milano, 2003.

MÜLLER H.E., *Diversion im Jugendstrafrecht und rechtsstaatliches Verfahren*, in *DRiZ*, 1996, p. 443.

MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 158.

NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS (ed.), *Corrections*, Washington D.C., 1973.

NATIONAL COUNCIL ON CRIME AND DELINQUENCY (ed.), *Policies and Background Information*, Hackensack, National Council on Crime and Delinquency, 1972.

NEGRI D., *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, Roma, 2016, p. 481.

NEGRI D., *L'imputato presente al processo – Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2014.

NEGRI D., *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato"*, in D. Negri, M. Pifferi (a cura di), *Diritti e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 13.

NEGRI D., *Il processo penale come scriminante*, in M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 191.

NEGRI D., *I due volti del giudice di pace nella dinamica del contraddittorio*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alcione, Trento, 2009, p. 103.

NEPPI MODONA G., *Commento all'art. 112*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, t. IV, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 39.

NEVOLI F., *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, in N. Triggiani (a cura di) *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 145.

NOBILI M., *Forme e valori duecento anni dopo*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 1.

NOBILI M., *Accusa penale e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 121.

NOBILI M., *La teoria delle prove penali e il principio della «difesa sociale»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 418.

- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento*, Giuffrè, Milano, 1974
- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 648.
- NOBILI M., *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- ORLANDI R., *Procedimenti speciali*, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8° ed., Cedam, Padova, 2016, p. 593.
- ORLANDI R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 257.
- ORLANDI R., *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro, A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Ipsoa, Milano, 1998, p. 44 ss.
- ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno di Urbino, 22-23 settembre 2005, Giuffrè, Milano, p. 165.
- ORLANDI R., voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 42.
- PADOVANI T., *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3605.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 411.
- PAGANO F.M., *Considerazioni sul processo criminale*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale – parte generale*, 7° ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 111.
- PALMER T., *Diversion is a mixed bag. Evaluation of CYA Diversion Program*, in *Juvenile Justice Digest*, nn. 3/4, Annandale, Virginia, Washington Crime New Service, 1979.
- PANSOLLI L., voce *Tortura*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, p. 424.

PAOLOZZI G., *I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado*, in A. Gaito (a cura di), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989, p. 31.

PAOLOZZI G., *Il procedimento per decreto*, in A. Gaito (a cura di), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989, p. 131.

PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012,

PATANÈ V., *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 81.

PATANÈ V., *Diversión*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Atti del Convegno di Macerata, 4-5 luglio 2003, Giuffrè, Milano, 2004, p. 65.

PATANÈ V., *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in A. Mestitz (a cura di), *Mediazione penale: chi, come, dove, quando*, Carocci, Roma, 2004.

PATANÈ V., *La mediazione*, in G. Giostra, G. Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 353.

PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, Giappichelli, Torino, 2008.

PAVARINI M., *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

PAVARINI M., *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, p. 11.

PAVARINI M., *Lotta alla criminalità organizzata e “negoziazione” della pena*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 129.

PAVARINI M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 7.

PECORELLA G., *La messa alla prova...alla prova delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3260.

PELIKAN C., *Council of Europe Recommendation n. R. (99) 19 concerning mediation in penal matters*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna, 2000, in www.restorativejustice.org.

PERI A., *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum Quad. cost.*, settembre 2010, p. 1.

PERNTHALER P., RANACHER C., *Der verfassungswidrige "Ablasshandel". Eine Untersuchung zur strafrechtliche Diversion der Zahlung eines Geldebetrages durch den Staatsanwalt*, in *Juristische Blätter*, 2002, p. 280.

PERONI F., *Nozioni fondamentali*, in F. Peroni, M. Gialuz (a cura di), *La giustizia penale consensuale – Concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, Torino, 2004, p. 3.

PERONI F., *L'applicazione della pena su richiesta*, in F. Peroni, M. Gialuz (a cura di), *La giustizia penale consensuale – concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, Torino, 2004, p. 8.

PERONI F., *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, Padova, 1999.

PETRI V., *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2296.

PFEIFFER C., *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren*, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

PIATTOLI B., *Diritto giurisprudenziale Cedu, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262.

PICCIRILLO R., *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo, G. Silvestri (a cura di), *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili - Rel. dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.cortedicassazione.it.

PICOTTI L., *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"? Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 137.

PICOTTI L., *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 283.

PIERGALLINI C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1653.

PILGERMAIR W., LODERBAUER B., *Diversion aus der Sicht des Staatsanwaltes*, R. Miklau, H.V. Schroll (Hrsg.), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Verlag Österreich, 1999, p. 57.

PIOLETTI G., voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 525.

PISANI M., *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 197.

PISAPIA G.V., *La scommessa della mediazione*, in G.V. Pisapia, D. Antonucci (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova, 1997.

POLK K., *Juvenile Diversion: A look at the Record*, in *Crime and delinquency*, n. 30, 1984, p. 648.

PRADEL J., *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 949.

PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (ed.), *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967.

PULITANÒ D., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 517 ss.

PULITANÒ D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 951.

PULITANÒ D., *Politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3.

PULITO L., *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 77.

PULVIRENTI A., *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, f. 3, p. 299.

QUATTROCOLO S., *L'altra faccia della medaglia, l'impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*, in *Criminalia*, 2016, p. 225.

QUATTROCOLO S., *La Corte europea fa il punto sullo status di vittima*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 158.

QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole di esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli, 2004.

QUATTROCOLO S., *Commento all'art. 35 – Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 203.

REGGIO F., *La sfida della giustizia rigenerativa*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena, funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 146.

RESTA E., “*Fiducia*” nella “*Giustizia*”, in *Min. giust.*, n. 1, 1996, p. 67.

RESTA E., *Il diritto penale premiale: ‘nuove’ strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 41.

RETTENMAIER F., *Außerstrafrechtliche Folgen der Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 13, 2013, p. 123.

RIVERDITI M., *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris* 2014, p. 982.

ROKUMOTO K., *Tschotei (Schlichtung)-eine japanische Alternative zum Recht: Verfahren, Praxis und Funktionen*, in *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht – Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Bd. 6, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, p. 390.

ROMANO M., sub *Pre-art. 1*, Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9

ROMANO M., «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39.

ROSSI G., *Esperienze di giustizia riparativa (2012-2013)*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it.

RUGGERI S., *Il procedimento per decreto penale*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 133

RUGGERI S., *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 263.

RUGGIERI F., *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, in M.L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 1-2 febbraio 2008, Alcione, Trento, 2009, p. 89.

RUGGIERI F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 191.

RUGGIERI F., *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 538.

RZEPKA D., § 45 JGG, in *Kurzkommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, 1 Aufl, Weinheim, Basel, 1994.

SABATINI G., *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Utet, Torino, 1956.

SABATINI Gugl., *Principi di diritto processuale penale*, II, Casa del Libro, Catania, 1949.

SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262.

SATTA S., *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

SAVY D., *La vittima dei reati nell'Unione europea – Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarità della disciplina penale e civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

SCALFATI A., *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1.

SCARDACCIONE G., *Le insidie della mediazione penale*, in *Mediaries*, n. 1, 2003, p. 81.

SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale – Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, Milano, 1998.

SCELLA A., *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 115.

SCHAFFSTEIN F., BEULKE W., *Jugendstrafrecht – eine systematische Darstellung*, 14. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2002.

SCHMITT B., § 153a, in L. Meyer-Großner, B. Schmitt (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, 58. Aufl., C.H. Beck, München, 2015.

SCHMITZ-GARDE J., *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2006.

SCHOLL I., *La Rosa Bianca*, trad. it., Itaca, Castel Bolognese, 2006.

SCHROLL H.V., sub §§ 198-203, in H. Fuchs, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manz, Wien, 2011.

SCHROLL H.V., *Die aktuelle Diversionsregelung*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2009, n. 4, p. 20.

SCHROLL H.V., sub §§ 90a-90m, in H. Fuchs, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manz, Wien, 2004.

SCHROLL H.V., sub § 42, in H. Fuchs, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar*, Manz, Wien, 2000.

SCHÜLER-SPRINGORUM H., *Die „Instrumente“ der Vereinten Nationen zur Jugendgerichtsbarkeit*, in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Internationalen Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht*, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2001, p. 19.

SCOMPARIN L., *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2008.

SELVAGGI N., *Le lezioni di Louvain sulla ‘confessione’ e le trasformazioni dei sistemi penali*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie – Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle ‘Lezioni di Lovanio’ di Michel Foucault*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 27.

SMITH R.L., *Diversion – New Label, Old Practice*, in P.L. Lejins, (ed.), *New Approaches to Diversion and Treatment of Juvenile Offenders*, Washington, D.C., U.S. Dept. of Justice, 1973, p. 38.

SONNEN B.R., *Diversion: Wege zur Vermeidung des förmlichen Verfahrens*, in Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen (Hrsg.), *Die jugendrichterlichen Entscheidungen – Anspruch und Wirklichkeit*, Selbstverlag, München, 1981, p. 177.

SPANGHER G., *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015.

SPANGHER G., *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 553.

SPANGHER G., *Verso un processo di parti*, in *St. Iuris*, 2002, p. 469.

SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarietà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1923.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed, Giuffrè, Milano, 2003.

STENDARDI D., *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1899.

STENDARDI D., *La nuova strategia di diversion minorile nel Regno Unito e i suoi risultati*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 220.

TANNENBAUM F., *Crime and the community*, Ginn and Company, New York, 1951.

TAORMINA C., *Qualche altra riflessione sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 650.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2015.

TONINI P., *I procedimenti semplificati*, in D. SIRACUSANO, G. BARONE (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia, 14-15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, p. 102.

TRANCHINA G., *Il procedimento per i reati di cognizione del giudice di pace*, in G. Tranchina, E. Zappalà (a cura di), *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 405.

TRIGGIANI N., *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 13.

TROISI P., *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, 2011, Cedam, Padova.

TRUMMER-KAUFMANN B., *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 149.

TULKENS F., *Una giustizia negoziata?*, in M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Cedam, Padova, 1998, p. 582.

TULKENS F., *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée*, in *Rev. Dir. Pén. et Crim.*, 1996, p. 457.

TUTT N., *Law and Policies on Juvenile Offending in England and Wales, Scotland, Northern Ireland and the Republic of Ireland*, in A.J. Kerner, B. Galawy, H. Janssen (Hrsg.), *Jugendgerichtsbarkeit in Europa und Nordamerika. Aspekte und Tendenzen*, Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, München, 1986, p. 469.

TUTU D.M., *Non c'è giustizia senza perdono*, Feltrinelli, Milano, 2001.

UBERTIS G., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 726.

UBERTIS G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 371.

UBERTIS G., *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno di Urbino, 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, p. 143.

UBERTIS G., *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 83.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Utet, Torino, 2004.

UBERTIS G., *«Nemo tenetur se detegere» e dialettica probatoria*, in Id., *Verso un "giusto processo" penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 65.

UBERTIS G., *Riflessi sistematici della giurisprudenza costituzionale in materia di garanzie giurisdizionali del nuovo processo penale*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 84.

UBERTIS G., voce *Azione*, II), *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1.

UBERTIS G., *Obbligatorietà dell'azione e diversione nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 1494.

UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

UMBREIT M.S., *Victim meets offender. The impact of Restorative Justice and Mediation*, Criminal Justice Press, N.Y., 1994.

VANNINI O., *Manuale di diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1952.

VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2006.

VASSALLI G., *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994, p. 307.

VASSALLI G., voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 797.

VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. VI, 1960, p. 609.

VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015.

VEZZADINI S., *Per una sociologia della vittima*, Franco Angeli, Milano, 2012.

VEZZADINI S., *La vittima di reato fra negazione e riconoscimento*, Clueb, Bologna, 2007.

VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300.

WALTER M., *Wandlungen in der Reaktion auf Jugendkriminalität – Zur kriminalischen, kriminalpolitischen und insbesondere dogmatischen Bedeutung von Diversion*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 95, 1983, p. 32.

WALTER R., ZELNY K., *Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2001, p. 447.

V.D. WOLDENBERG A., *Diversion im Spannungsfeld zwischen Betreuungsjustiz und Rechtsstaatlichkeit*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1993.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, 2° ed., Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 3.

ZEHR H., TOWES B. (Eds.), *Critical Issues in Restorative Justice*, Criminal Justice Press, Monsey N.Y., 2004.

ZEHR H., *Changing lenses. A new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottsdale, PA, 1990.

ZIRN V., *Mediation im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Tectum Verlag, Marburg, 2007.