

CAPITOLO 1

VIE DI FUGA DAL PROCESSO

Sommario: 1.1- *Diversion*: accelerare il processo ed evitare la stigmatizzazione dell'imputato minorenni; 1.1.1- Contrasto tra *diversion* e norme costituzionali; 1.1.2- Funzione educativa della *diversion*; 1.2- Origini della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni; 1.3- La messa alla prova viene introdotta anche nel processo per adulti; 1.4- Giustizia riparativa; 1.4.1- Utilità della messa alla prova per gli obiettivi della *restorative justice*.

1.1- *Diversion*: accelerare il processo ed evitare la stigmatizzazione dell'imputato minorenni

La lotta alla criminalità è, da sempre, un fine perseguito dagli Stati. L'ideale di un ordinamento che prevenga la commissione dei reati è stato inseguito anche in Italia; inizialmente con politiche repressive, attraverso condanne a pene esemplari, in seguito, riconoscendo la loro inefficacia, si cercò un rimedio ispirato da politiche riabilitative. L'obiettivo del sistema penale non può più essere, dunque, la mera repressione violenta del reato, effettuata mediante l'applicazione di sanzioni afflittive, ma si è reso necessario ricercare vie alternative. La pena, infatti, viene usata per

raggiungere degli scopi che mutano nel tempo, in conseguenza del mutare della società e dello Stato. Scopi che possono essere raggiunti mediante tecniche sempre diverse¹.

Oggi una possibile soluzione al problema della criminalità in Italia è stata prospettata dalle tecniche di prevenzione del reato. Si ritiene essenziale che l'imputato, a conclusione del processo, compia un'evoluzione in positivo della personalità, tale da comprendere il significato dell'illecito commesso, in modo che egli non rimanga lo stesso soggetto deviato che era nel momento in cui si è dato inizio al processo. L'obiettivo deve essere quello di indurre ad un cambiamento colui che ha commesso un fatto di reato, in modo da evitare che ne commetta altri in seguito. Una funzione meramente riparativa del processo sarebbe incompatibile con l'intenzione del legislatore costituzionale, che, nell'art. 27, comma 3, ha previsto che la pena abbia una funzione rieducativa. Così come la pena, che colpisce il reo all'esito del processo, anche lo svolgimento del processo stesso deve servire a garantire una tale funzione, costruendo una personalità nuova, differente da quella che ha portato il reo a delinquere, e dando garanzia alla collettività che il soggetto non commetterà un altro illecito in futuro.

E' stato, dunque, introdotto nel nostro ordinamento uno strumento originario del *common law*, che ha preso il nome di *diversion*. Si tratta di un'alternativa all'ordinario *iter* del processo, generalmente suddiviso in tre fasi (indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento); nata

¹ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, 2014, p. 731.

dall'idea «[...] che lo Stato può rinunciare alla propria pretesa punitiva allorché lo scopo del processo è raggiunto seguendo una strada diversa da quella che conduce alla punizione del colpevole mediante l'applicazione di una sanzione penale»². Così, l'imputato viene sottoposto ad un programma di trattamento individualizzato, che gli consente di evitare il contatto con il processo.

L'introduzione di tale strumento si è resa necessaria anche per ragioni di economia processuale, considerando che le lungaggini processuali comportano, sia costi per il sistema giustizia, che minori garanzie per la comunità in termini di risposta sanzionatoria³.

Per la prima volta il concetto di *diversion* fu introdotto nel XIII Congresso Internazionale di Diritto Penale nel 1984. Qui, venne espresso il concetto secondo cui la partecipazione dell'indagato ad un programma non penale, il cui risultato non è quello di impartire una punizione al reo, bensì quello di garantire una sua risocializzazione e una sua crescita della personalità, è alla base del funzionamento della *diversion*, alla quale si ricorre quando questi obiettivi possono essere realizzati in modo più efficace che con il normale *iter* processuale⁴.

² CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010, p. 40.

³ Cfr. GREVI, *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, in *Rass. pen. e crim.*, 1983, p. 48.

⁴ Cfr. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., p. 41.

Un esempio di *diversion*, che ben ha funzionato in Europa, è quella proveniente dalla legislazione austriaca. Qui, il sistema prevede che sia lo stesso pubblico ministero, al termine delle indagini, a chiedere all'indagato di attuare un percorso alternativo con cui rinunciare all'azione penale e, eventualmente, archiviare il caso. Se l'azione penale è già stata esercitata spetterà al giudice fare tale richiesta all'imputato. Si tratta di una *diversion* facoltativa e non obbligatoria, che deve essere approvata dal soggetto che vi viene sottoposto, anche nelle sue modalità di esecuzione. I vantaggi di questo strumento giustificano la deroga alla presunzione di non colpevolezza e garantiscono una risposta del reo all'offesa arrecata alla collettività, evitando una condanna formale⁵.

1.1.1- Contrasto tra *diversion* e norme costituzionali

La *diversion*, così come applicata nei sistemi di *common law*, prevede che il *prosecutor*, organo di natura amministrativa e non giurisdizionale, titolare dell'azione penale, possa scegliere discrezionalmente di iniziare il processo o di applicare un programma di recupero alternativo⁶. Se negli Stati Uniti questa facoltà attribuita al procuratore è coerente con i principi dell'ordinamento ed è sostenuta, nello specifico, dal principio di non obbligatorietà dell'azione

⁵ Cfr. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 49-51.

⁶ Cfr. CIAPPI, COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, FrancoAngeli, 1997, p. 73-74.

penale, in Italia l'istituto ha suscitato alcune critiche; in particolare, perché violerebbe alcune norme costituzionali. Critiche a uno strumento che esclude l'esercizio dell'azione penale si sono costruite, dunque, intorno all'art. 112 Cost., che sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale. Con questa norma il costituente ha inteso garantire il principio di uguaglianza di fronte alla legge *ex art. 3* della Costituzione, in quanto assicura, a chiunque sia stato vittima di un illecito, di ottenere che il pubblico ministero indaghi sulla notizia di reato e, se riconosca che vi siano elementi sufficienti per l'esercizio dell'azione penale, richieda il rinvio a giudizio al giudice competente. Fino al 1944, infatti, il codice di procedura penale consentiva al pubblico ministero di archiviare l'indagine discrezionalmente, «sulla base di una valutazione negativa circa la rilevanza dei fatti oggetto della notizia di reato»⁷. Solo con l'introduzione del d.l. 14 settembre 1944, n. 288 venne riconosciuto il controllo obbligatorio da parte del giudice sulla decisione di archiviazione del pubblico ministero, il quale oggi deve fare necessariamente richiesta al giudice per le indagini preliminari, che può negarla se ritiene necessarie ulteriori indagini. In questo modo, il pubblico ministero, se scopre elementi a sostegno della illegalità di un fatto, non può esimersi dall'esercitare l'azione penale, dovendo attivare l'intervento del giudice che accerti la responsabilità del reo. L'istituto della *diversion*, quindi, violerebbe tale principio laddove consentisse al pubblico ministero di non attivare il controllo giurisdizionale a seguito di una notizia di reato,

⁷ GREVI, *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, cit., p. 50.

avviando immediatamente un programma alternativo di recupero del reo.

Un accertamento sul merito è spesso impedito, però, dal sopraggiungere dell'estinzione del processo a seguito di prescrizione o di amnistia, che vengono dichiarate con decreto di archiviazione, anche se la notizia di reato non risulti infondata⁸. In questo caso, la deroga alla obbligatorietà dell'azione penale è giustificata dalla finalità di eseguire uno sfoltimento dei carichi giudiziari. E' stato sostenuto, infatti, che l'esercizio dell'azione penale per tutte le notizie di reato determina un accumulo delle pendenze giudiziarie, tale da paralizzare i processi⁹; «ciò significa, in sostanza, che quella selezione delle notizie di reato, che è impedita sul piano formale dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, finisce per realizzarsi ugualmente, di fatto, per effetto delle difficoltà pratiche derivanti dall'eccesso delle pendenze processuali»¹⁰. Questa è una delle tesi della dottrina intervenute a sostegno della compatibilità tra art. 112 Cost. e *diversion*, che potrebbe consentire un'accelerazione di alcuni processi ed evitare la paralisi di altri, sulla base di una valutazione, caso per caso, circa la convenienza di ricorrere ad un'alternativa al processo.

⁸ Cfr. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in AA. VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno, a cura dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, (Urbino, 23-24 settembre 2005), Giuffrè, Milano, 2007, p. 18.

⁹ Cfr. GREVI, *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, cit., p. 54.

¹⁰ GREVI, *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, cit., p. 54.

Altra parte della dottrina¹¹ sostiene che la rigida applicazione dell'art. 112 Cost. non permetterebbe un corretto bilanciamento con altri diritti costituzionalmente tutelati, che verrebbero, in questo modo, sviliti.

Dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati con riferimento alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost. Gli strumenti di *diversion*, infatti, presuppongono la responsabilità del reo, la quale, secondo il principio della presunzione di non colpevolezza, potrà essere accertata e determinata solo con una pronuncia definitiva. La critica ha preso le mosse dalla considerazione secondo la quale il giudice, che applica misure limitative della libertà personale in attuazione di un programma riabilitativo nei confronti di un imputato non ancora condannato, violerebbe la presunzione di non colpevolezza dando per presunta la sua responsabilità penale sul fatto¹².

1.1.2- Funzione educativa della *diversion*

La *diversion* dalle sequenze ordinarie del processo ha trovato terreno fertile soprattutto nel processo minorile, in cui l'esigenza di allontanare il minorenni dall'ambiente giudiziario il prima possibile e di reinserirlo in società, è fondamentale al fine di evitare gli effetti di stigmatizzazione

¹¹ Cfr. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, cit., p. 17-18.

¹² Cfr. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 20.

insiti nel contatto dell'imputato con il sistema giustizia. Questi effetti sono stati esposti nella teoria del *labelling approach*, formulata per spiegare che l'imputato, trattato da soggetto deviato, finisce per diventarlo. Etichettandolo come "delinquente", l'imputato, dunque, tenderà a compiere atti che giustifichino tale etichetta¹³.

Il nostro sistema penale prevede che il minorenne reo debba essere "educato", al fine di evitare che in futuro commetta altri fatti illeciti. Così, la pena deve avere una funzione educativa per i minorenni, come si evince dall'art. 31 Cost.; per gli adulti, invece, l'art. 27 comma 3 Cost. parla di funzione rieducativa, stabilendo che "*le pene (...) devono tendere alla rieducazione del condannato*"¹⁴. La ragione dell'uso diverso del termine, da parte del legislatore, è data dal fatto che nel minorenne manca un completo sviluppo della personalità. La pena deve servire, dunque, a plasmare tale personalità, imprimendovi un'impronta non deviante. Il richiamo a questa esigenza di educazione è sancito anche nelle "Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni", D.p.r. 448/1988, in particolare nell'art. 1, nel quale si dice che "*nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale. Tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne*".

¹³ Cfr. PATANE', *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA. VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, 2^a ed., Giappichelli, 2015, p. 143.

¹⁴ Cfr. ZAPPALA', *La responsabilità penale del minorenne*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., p. 18; nonché COLAMUSSI, *La messa alla prova*, CEDAM, 2010, p. 3.

Risulta fondamentale, quindi, costruire un sistema processuale penale che renda realizzabile questo proposito e non interferisca con i processi di crescita del minore. I meccanismi di *diversion* hanno, sicuramente, contribuito a dare risposta utile a questo bisogno di educazione, evitandogli di subire un lungo processo e permettendogli di comprendere quanto più possibile il significato di ciascuna sua fase. E' lo stesso art.1 del D.p.r. 448/1988 che, al comma 2, stabilisce che *“il giudice illustra all'imputato il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni”*. Che il minore comprenda le ragioni che hanno spinto il giudice ad assumere una determinata decisione serve sia a garantire la sua collaborazione con le istituzioni, che a orientare il suo sviluppo educativo.

Per i minorenni, gli istituti che consentono la fuoriuscita anticipata dal processo sono sanciti negli articoli 27 e 28 del D.p.r. 448/1988. Si tratta, rispettivamente, dell'irrelevanza del fatto e della sospensione del processo con messa alla prova. Quest'ultimo istituto è stato esteso anche agli imputati adulti, dalla legge 28 aprile 2014, n. 67.

1.2- Origini della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni

La crisi del sistema penale di tipo repressivo ha reso necessario effettuare un cambio di rotta, rispetto ad un processo costruito sulla sanzione afflittiva e sul regime

retributivo, il cui scopo era quello di correggere, attraverso la pena, colui che aveva commesso un fatto illecito. Con l'entrata in vigore della Costituzione e la nascita di nuovi principi, tra i quali la funzione rieducativa della pena ex art. 27 comma 3 Cost., si resero necessari degli interventi a favore del recupero dalla devianza del reo. In particolare, l'introduzione dell'art. 31 comma 2 Cost. ha richiesto riforme nel processo in cui fosse imputato un minorenne. L'art. 31 comma 2 prevede, infatti, che la Repubblica "*protegge (...) l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*". Lo Stato deve, quindi, recuperare il minorenne prima ancora di punirlo¹⁵. La creazione di istituti come la sospensione del processo con messa alla prova si fondarono su questa nuova prospettiva processuale.

L'idea di introdurre, nel processo a carico dei minorenni, un nuovo istituto che evitasse le lungaggini processuali e consentisse una rapida fuoriuscita dal processo, dandogli la possibilità di un riscatto dalla condizione di devianza, si rese, dunque, fondamentale e si concretizzò negli anni '70 con due progetti di riforma e due relazioni ministeriali. Il primo disegno di legge risale al 1976 e, con il d.d.l. 622, mirava al recupero dei minorenni autori di reati non particolarmente gravi, la cui personalità non era del tutto deviata. Le due relazioni ministeriali risalgono al 1979 e con esse si cercò di introdurre la misura dell'affidamento giudiziario in prova, il

¹⁵ Cfr. MACRILLO', *I principi del processo penale minorile*, in AA.VV., *Il processo penale minorile*, a cura di Macrillò, Filocamo, Mussini, Tripiccone, Maggioli, 2^a ed., 2013, p. 30-31.

cui esito positivo avrebbe permesso di evitare il dibattimento¹⁶.

Il secondo progetto di riforma risale al 1986. Con il d.d.l. n. 1742 del 24 marzo 1986, si prevedeva la possibilità per il giudice di sospendere il procedimento per una durata non superiore ad un anno se, accertata la responsabilità dell'imputato, fosse stato necessario valutare la personalità dello stesso e la sua maturità, ai fini di una risocializzazione non realizzabile all'interno dello schema processuale. Il tribunale avrebbe affidato il minorente al servizio giudiziario minorile per svolgere attività di osservazione sul comportamento da esso tenuto durante lo svolgimento di una prova, le cui prescrizioni sarebbero state fornite dallo stesso giudice. Decorso il periodo di prova, il presidente del tribunale avrebbe emesso decreto di citazione a giudizio dell'imputato e, a conclusione del dibattimento, il tribunale avrebbe potuto o dichiarare non doversi procedere, per rinuncia alla condanna a seguito dell'esito positivo della prova, o assolvere per non imputabilità, o pronunciare condanna. Con questo decreto si cercò di introdurre un'alternativa alla prosecuzione del processo nei confronti di un minorente, qualora, la sua sospensione, avrebbe avuto migliori effetti sul piano della risocializzazione. Tale rimedio non fu, però, esente da critiche; in particolare, c'era chi lo considerava inadeguato rispetto al fenomeno della criminalità minorile, perché garantiva l'impunità del colpevole. Furono sollevati anche dubbi di legittimità costituzionale dal

¹⁶ Cfr. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit., p. 17-18.

Consiglio Superiore della Magistratura, il quale riteneva che il d.d.l. non spiegasse l'ambito di applicazione dell'istituto.

In quegli stessi anni, l'Onu con la risoluzione 40/33 del 1985 approvava un documento contenente le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, chiamate anche Regole di Pechino, sottoscritto a New York il 29 novembre 1985. Esso prevede una serie di norme a garanzia del minore reo applicabili in sede processuale. Si tratta, però, di un documento non vincolante per gli Stati firmatari. Una norma che descrive lo scopo principale del documento è contenuta nel punto 5, nel quale si legge che *“il sistema di giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato e all'autore dello stesso”*. Un altro punto fondamentale del documento, dal quale si deduce la volontà del legislatore di introdurre strumenti extra-giudiziari, alternativi al processo, è il punto 11, laddove si legge che *“dovrebbe essere considerata l'opportunità, ove possibile, di trattare i casi dei giovani che delinquono senza ricorrere al processo formale da parte dell'autorità competente prevista dall'art. 14, I comma”*. E' proprio questa norma che ha fornito spunti all'Italia per ritentare l'introduzione di uno strumento nuovo e alternativo al processo.

Così, in seguito al fallimento dei due tentativi di riforma, per la creazione di questo nuovo strumento di garanzia per i minorenni si dovette attendere fino al 1987. La necessità di introdurre un nuovo codice di procedura penale fu l'occasione in cui nacque l'istituto della sospensione del