

DALL'EUROPA

DOMENICO ROSANI

Le definizioni alternative del procedimento penale in Austria. Introduzione alla disciplina dell'archiviazione per tenuità e della diversione

Fin dalla preparazione del codice di rito vigente, in Italia si discute di una radicale deflazione del contenzioso penale. A proposito, l'Austria presenta una relevantissima esperienza: da vari anni il suo ordinamento processualpenalistica disciplina infatti sia una possibilità di archiviazione per tenuità, sia varie forme di diversione. La prima conduce direttamente alla cessazione del procedimento, mentre la diversione comporta una rinuncia alla persecuzione del fatto qualora l'indagato o l'imputato abbia adempiuto certi obblighi. Tali istituti, aventi generale applicazione, consentono di concludere il procedimento senza un pronunciamento sostanziale sulla responsabilità penale. Il contributo si propone di presentare le caratteristiche salienti di tali due discipline, che potrebbero assurgere ad ispirazione per il legislatore italiano, e indicarne gli elementi critici. La loro consolidata applicazione da parte degli organi giudicanti e requirenti non è infatti esente da problematicità, in particolare con riguardo al principio di non colpevolezza. Ciononostante, l'ampio ricorso a tali istituti permette di tenere al di fuori del circuito penale episodi di minima portata offensiva, dando risoluta attuazione ai principi di proporzionalità ed extrema ratio della risposta penale. In aggiunta, analisi empiriche hanno rilevato la loro incidenza positiva sul tasso di recidiva, mentre pure in termini di economia processuale essi contribuiscono in maniera decisiva alla rapidità del procedimento penale austriaco.

Alternatives to criminal trials in Austria. An introduction to the regulation of dismissal for pettiness and diversion

Italy has discussed a radical deflation of criminal litigation since the preparatory works of the current code of criminal procedure. In this respect, Austria shows a profound experience. Its criminal procedure provides both for the possibility to dismiss a case due to the pettiness of the crime and for various diversion procedures. While dismissal leads directly to the termination of the proceedings, diversion involves a waiver of prosecution if the charged person has fulfilled certain obligations. These instruments, having general applicability, make it possible to terminate the proceedings without a ruling on criminal liability. This article aims to explore the main features of the widely applied Austrian provisions on dismissal for pettiness and diversion, which could be of inspiration to the Italian legislator. By doing this, it will point out some critical elements and shortcomings of their application by Austrian judges and public prosecutors, particularly with regard to the presumption of innocence. Nonetheless, these instruments give a resolute implementation to the principles of proportionality and extrema ratio, avoiding a criminal trial for petty cases. In terms of procedural economy, they also decisively contribute to the expedited pace of Austrian criminal proceedings. Finally, empirical analyses suggest that these instruments have a clear positive impact on recidivism.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Gli organi competenti: cenni sul sistema processuale penale austriaco. - 3. Archiviazione per tenuità (Einstellung wegen Geringfügigkeit). - 3.1. Disciplina normativa. - 3.2. Dato empirico. - 4. Rinuncia alla persecuzione penale (Rücktritt von der Verfolgung, Diversion). - 4.1.

I requisiti generali della diversione. - 4.2. Le varie forme di diversione. - 4.2.1. Pagamento di una somma pecuniaria (Zahlung eines Geldbetrages). - 4.2.2. Svolgimento di prestazioni socialmente utili (Gemeinnützige Leistungen). - 4.2.3. Periodo di prova (Probezeit). - 4.2.4. La mediazione penale (Tausgleich). - 4.2.5. Forme speciali: la diversione della disciplina sugli stupefacenti e quella per i testimoni chiave. - 4.3. Procedura e possibilità di riapertura del procedimento. - 4.4. Dato empirico. - 4.4.1 Incidenza statistica e andamento. - 4.4.2. Incidenza della diversione sulla recidiva. - 5. Pentimento operoso (Tätige Reue). - 6. Conclusioni: punti di criticità e importanti benefici della disciplina austriaca.

1. Introduzione. Fin da tempi non recenti, in Italia si discute di possibili strategie di carattere sostanziale e processuale per deflazionare il carico penale, garantendo che fatti di limitato disvalore incontrino una repressione rispettosa dei canoni di proporzionalità ed *extrema ratio*. A riguardo l’Austria presenta una considerevolissima esperienza in termini sia normativi sia di prassi applicativa, e assurge pertanto a importante termine di paragone per il giurista italiano che voglia studiare la relativa esperienza di Paesi limitrofi. Fin dagli anni Novanta, gli strumenti di deflazione trovano un amplissimo utilizzo nel procedimento penale austriaco, sia da parte della magistratura requirente che giudicante¹. L’archiviazione per tenuità e le varie modalità di diversione, aventi generale applicabilità, permettono di concludere il procedimento senza un pronunciamento sostanziale sulla responsabilità penale dell’indagato o imputato. Le finalità della normativa sono molteplici, spaziando - non necessariamente in questo ordine - da considerazioni di economia processuale, deflazione e velocizzazione del procedimento, a valutazioni di proporzionalità e sussidiarietà della risposta penale, a ragionamenti di prevenzione speciale e generale². Gli istituti austriaci presentano natura prettamente processuale, sicché sta all’autorità giudiziaria - dicasi il giudice o, molto spesso, la Procura - decidere se in concreto sussistano le condizioni per farvi ricorso. Si determina così una sorta di “depenalizzazione di fatto” in cui la meritevolezza di pena viene definita nel caso concreto, *im Einzelfall*.

¹ Per ragioni di comprensibilità, si utilizzerà nel prosieguo una terminologia vicina al sentire italiano, pur se - in termini giuridici e linguistici - non sempre corrispondente alle particolarità dell’ordinamento austriaco. A titolo d’esempio, l’Austria non conosce il concetto di “magistratura”, nel quale far rientrare sia i giudici (*Richter und Richterinnen*) che il Pubblico Ministero (*Staatsanwaltschaft*); lo stesso termine “Pubblico Ministero” risulterebbe, a un’analisi severa, improprio, in quanto di ispirazione francese.

² In proposito cfr. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 144.

³ SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa, cit., 147.

Nonostante tale rilevante esperienza, la Repubblica d'Austria spesso non trova adeguata considerazione nelle analisi di diritto comparato che vertano sul tema delle definizioni alternative del procedimento penale. Il presente contributo si propone pertanto di offrire al lettore un'introduzione agli istituti dell'archiviazione per tenuità e alle varie forme di diversione presenti nell'ordinamento austriaco. Oggetto di attenzione sarà soltanto la disciplina prevista per gli adulti; non, invece, la normativa parzialmente derogatoria o supplementare prevista per i minori di età⁴.

Così da offrire un generale orientamento all'interno del sistema processuale penale austriaco, la prima sezione si occuperà di illustrarne brevemente le caratteristiche salienti (par. 2). Di seguito verranno trattati in maggiore dettaglio l'archiviazione per tenuità (par. 3) e le forme di diversione del procedimento (par. 4). Oggetto di breve trattazione sarà anche il pentimento operoso, un istituto di diritto sostanziale ma che pare d'interesse tratteggiare in tale contesto (par. 5). Il contributo si conclude con alcune osservazioni critiche sulla disciplina austriaca, la quale – al netto delle criticità che pure presenta – pare costituire un'utile ispirazione per l'ordinamento italiano.

2. Gli organi competenti: cenni sul sistema processuale penale austriaco. Competenti per il giudizio di primo grado, sia penale che civile, sono il *Bezirksgericht* (di seguito: Corte distrettuale) e il *Landesgericht* (Tribunale). La ripartizione delle competenze tra le due corti ha luogo in base alla sanzione prevista per il reato, senza prendere in considerazione le possibili circostanze (§§ 30 ss. del codice di rito: *Strafprozessordnung*, StPO)⁵. Le fattispecie punite con la somma pecuniaria e/o con la reclusione fino a un anno ricadono nella competenza della Corte distrettuale; quelle che superano tale soglia spettano al Tribunale. A tale basilare suddivisione si aggiunge una

⁴ La disciplina (processual-)penalistica per i minori conosce numerose circostanze di "tenuità", variamente intesa, che giustificano il venir meno della pretesa punitiva e l'archiviazione delle indagini. Allo stesso tempo, tutti i reati commessi da minori – senza limite edittale, a condizione che la colpa non sia grave e, di regola, non sia morto nessuno – sono suscettibili di essere oggetto di diversione. Cfr. i §§ 4 e 6 e, per la diversione, il § 7 della legge *Jugendgerichtsgesetz (JGG): Bundesgesetz vom 20. Oktober 1988 über die Rechtspflege bei Straftaten Jugendlicher und junger Erwachsener*, originariamente pubblicata in BGBl. 599/1988.

⁵ La legislazione austriaca è rinvenibile sul *Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS)* all'indirizzo www.ris.bka.gv.at (ultimo accesso di tutti i link: 5 luglio 2019).

distinzione per materia, che attribuisce al Tribunale determinati reati⁶. Si consideri a proposito come l'ordinamento penale austriaco conosca spesso, sebbene non sempre, delle cornici edittali inferiori a quelle italiane, in particolare per quanto concerne la reclusione⁷. La Corte distrettuale si occupa pertanto di reati soltanto relativamente "minori", essendo invece il suo carico giudiziario – sia in termini numerici che di rilevanza sociale – di notevole importanza. I dati del Ministero della giustizia mostrano infatti come, nel 2017, le Corti distrettuali siano state interessate di 28.341 nuovi casi, mentre 23.979 sono stati i nuovi procedimenti di competenza dei Tribunali⁸.

Sia la Corte distrettuale sia il Tribunale sono formati da giudici di carriera, pur conoscendo quest'ultimo alcune composizioni miste con giudici laici⁹. Mentre la Corte distrettuale decide sempre monocraticamente, il Tribunale conosce infatti tre composizioni. Esso decide in veste di giudice monocratico per le fattispecie punite fino a cinque anni di reclusione, mentre per le

⁶ Ad esempio, lo stalking, la violenza privata, la compromissione colposa dell'ambiente, e altri indicati al § 30 StPO.

⁷ Ad esempio, il furto, nella sua fattispecie basilare (§ 127 del codice penale, *Strafgesetzbuch*, StGB), viene punito con la reclusione fino a sei mesi o con una sanzione pecuniaria tra 2 e 360 *Tagessätze*. Ogni *Tagessatz* consiste in un importo variabile tra 4 e 5.000 euro, il cui ammontare preciso nel caso di specie viene definito dal giudice con riguardo alla situazione personale e patrimoniale dell'imputato (§ 19 (2) del codice penale: *Strafgesetzbuch*, StGB). In confronto: il codice penale italiano punisce il furto semplice (art. 624 c.p.) con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 154 a 516 euro. Il «furto grave» (*Schwerer Diebstahl*) trova invece disciplina al § 128 StGB e si ha qualora il furto intervenga in situazioni di particolare vulnerabilità (ad es. in seguito a un'inondazione), ovvero interessi oggetti di rilevanza religiosa, scientifica, artistica, storica o popolare, concerna una infrastruttura di valore critico, oppure una cosa di valore superiore a 5.000 euro. In tal caso la reclusione può giungere a tre anni; qualora il valore ecceda 300.000 euro, a dieci anni.

⁸ In aggiunta, il Tribunale ha competenza esclusiva per i procedimenti di indagine (13.758 nel 2017), anche se il reato per cui si procede sarà da giudicarsi da parte della Corte distrettuale. I dati si ricavano da BUNDESMINISTERIUM FÜR VERFASSUNG, REFORMEN, DEREGULIERUNG UND JUSTIZ, *Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz*, Wien, 2017, 9, accessibile online all'indirizzo www.bmi.gv.at.

⁹ In termini pratici, nel distretto di Corte d'appello di Innsbruck, competente per i *Länder* Tirolo e Vorarlberg e pertanto per una popolazione di ca. 1,15 milioni di persone, operano due Tribunali (Innsbruck e Feldkirch) e 18 Corti distrettuali (13 in Tirolo e cinque in Vorarlberg). Presso la Corte distrettuale di Innsbruck, la più grande di quelle esaminate, sono al momento quattro i giudici penali (dei ventisei in totale presenti). Presso il Tribunale sono 24 i giudici in ambito penale e dell'esecuzione penale, presso la Corte d'Appello nove. I dati si ricavano dallo schema di attribuzione delle cause (*Geschäftsverteilung*) disponibile sui rispettivi siti internet.

fattispecie più gravi sono previsti due tipi di collegi¹⁰. Il procedimento d'appello avverso le sentenze della Corte distrettuale ha luogo innanzi al Tribunale, mentre le decisioni di quest'ultimo vanno impugnate davanti alla Corte d'appello (*Oberlandesgericht*).

Gli strumenti deflattivi che verranno esposti nel seguito del contributo, essendo previsti per fattispecie di limitato disvalore, intervengono di regola nell'ambito del procedimento davanti alla Corte distrettuale e al Tribunale in composizione monocratica.

3. Archiviazione per tenuità (Einstellung wegen Geringfügigkeit). 3.1. Disciplina normativa. Nel caso di fattispecie di notevole tenuità, l'ordinamento austriaco richiede che, in presenza di determinate circostanze, un procedimento venga archiviato. Un'archiviazione in caso di tenuità del fatto (§ 191 StPO: *Einstellung wegen Geringfügigkeit*) può avere luogo sia in fase di indagine da parte della Procura, sia dopo l'esercizio dell'azione penale, pertanto ad opera della Corte distrettuale o del Tribunale¹¹. La tenuità del fatto impedisce la sua persecuzione (*Strafverfolgungshindernis*), va rilevata d'ufficio ed è motivo di impugnazione per nullità¹². L'archiviazione per tenuità è contenuta nel codice di rito dal 2008¹³; precedentemente, il § 42 del codice penale - in vigore sino a fine 2007 - a condizioni similari dichiarava non punibile il reato.

¹⁰ Il primo, c.d. *Schöffengericht*, è composto di regola da un giudice di carriera e due laici; per alcune fattispecie particolarmente gravi, quali ad es. l'omicidio colposo, le violenze sessuali o l'incendio doloso, due giudici di carriera e due laici (§ 32 StPO). Esso è competente per i fatti di reato sanzionati con la reclusione eccedente i cinque anni e sulle altre fattispecie ad esso attribuite, anche se aventi una cornice edittale minore (elencate al § 31 (3) StPO). La seconda tipologia di collegio, c.d. *Geschworenengericht*, consiste in tre giudici di carriera e otto giurati popolari e decide sui fatti di reato puniti con una cornice edittale superiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a dieci anni, ovvero per quelle fattispecie - generalmente gravi ma talvolta di carattere più politico - ad esso attribuite dal § 31 (2) StPO; tra le varie: alto tradimento; vilipendio dello Stato e dei suoi simboli; banda armata; apologia del nazismo. Si v. anche la legge che disciplina le due composizioni collegiali del Tribunale: Geschworenen- und Schöffengesetz 1990 (GSchG), originariamente pubblicata in BGBl. 256/1990.

¹¹ Il § 191 (2) StPO estende la disciplina prevista per la Procura anche all'archiviazione operata dal giudice.

¹² SCHROLL, § 191, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2018, n. 7 e 14 ss. In tal senso, tra i vari, Oberster Gerichtshof, 14 Os 25/09x, 12.05.2009, in RIS.

¹³ Strafprozessreformgesetz, BgBl. 19/2004, nonché Änderung der Strafprozessordnung 1975, des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes 1988 und des Finanzstrafgesetzes, BgBl. 93/2007.

Come si vedrà, l'archiviazione per tenuità costituisce un istituto ampiamente usato nella pratica, in particolare dal Pubblico Ministero. Affinché vi si possa ricorrere, una condizione implicita è che il presunto reato rientri tra quelli per i quali la Procura può svolgere indagini. Ciò è il caso qualora l'accusa sia sostenuta dalla parte pubblica (*Offizialdelikte*); non, invece, nei c.d. *Privatanklagedelikte*, un limitato novero di reati in presenza dei quali è il privato a dover svolgere in proprio le indagini necessarie e sostenere l'accusa in giudizio. Tali reati costituiscono una limitazione al principio di obbligatorietà dell'azione penale (*Offizialprinzip* oppure *Prinzip der amtswegigen Verfolgung*)¹⁴.

Il codice di rito, al § 191 StPO, enuclea i criteri espressamente richiesti per l'archiviazione per tenuità. Vi è innanzitutto un limite edittale: il fatto di reato deve essere punito con la somma pecuniaria e/o con la reclusione fino a tre anni. Non devono sussistere ragioni di carattere special- e generalpreventivo che giustifichino l'apposizione di una sanzione. Per quanto concerne il fatto, questi deve inoltre presentare una limitata offensività in concreto¹⁵, valutata con riguardo all'elemento soggettivo¹⁶, alle conseguenze del fatto, al comportamento successivo al reato (con particolare riguardo alla riparazione dal danno)¹⁷ e agli altri fattori incidenti sulla pena. Tale valutazione va effettuata in maniera globale, considerando unitariamente tutti tali parametri¹⁸. Viene infine sostenuto dalla dottrina come per potersi procedere a un'archiviazione sia implicitamente richiesto che gli accadimenti siano stati

¹⁴ Sono *Privatanklagedelikte* ad esempio la violazione del segreto della corrispondenza (§118 StGB), l'oltraggio (§ 111 ss. StGB) o gli altri reati menzionati dal § 374 StPO. A giustificazione di tale speciale trattamento viene solitamente citata la mancanza di un interesse pubblico alla repressione dei relativi reati: cfr., anche per una prima ma approfondita introduzione, SEILER, *Strafprozessrecht*, Wien, 2018, 26 s. In aggiunta, l'ordinamento austriaco conosce gli *Ermächtigungsdelikte*, ove – semplificando – la Procura persegue il reato soltanto qualora autorizzata dalla vittima, similmente a quanto previsto in Italia per i reati punibili a querela.

¹⁵ Il testo normativo richiede che «*der Störwert der Tat als gering anzusehen wäre*»; una traduzione letterale potrebbe suonare così: per aversi archiviazione per tenuità è necessario che «il carattere di disturbo del fatto» sia limitato.

¹⁶ I precedenti penali risultano rilevanti a proposito: SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 189.

¹⁷ A riguardo, alcune voci in dottrina hanno rilevato come l'attenzione posta sulla riparazione delle conseguenze del fatto porterebbe a una poco ragionevole discriminazione a seconda se l'autore sia dotato – o no – di un'assicurazione per la responsabilità civile, e questa risarcisca rapidamente la persona offesa: SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 189.

¹⁸ Parla di una valutazione di tali parametri «secondo il principio dei vasi comunicanti» SCHROLL, § 191, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2018, n. 30 ss.

«sufficientemente chiariti»; la Procura deve pertanto essere ragionevolmente convinta che ci si trovi in presenza di un fatto di reato punibile¹⁹.

In presenza di circostanze simili, la particolare tenuità del fatto potrebbe portare in Italia ad escludere in termini sostanziali la punibilità²⁰ o la procedibilità²¹. In Austria si procede a un'archiviazione di carattere processuale, avente tuttavia – si noti – conseguenze di carattere materiale. La decisione di archiviare il procedimento ha infatti di regola valore di giudicato²². Solo qualora ricorrano precise circostanze è ammissibile una riattivazione del procedimento senza che si violi il divieto di *ne bis in idem*.

Una prima casistica in tal senso è descritta dal § 193 StPO (*Fortführung*) e ricorre qualora l'indagato non sia mai stato sottoposto a provvedimenti coercitivi²³ e neanche mai ascoltato; oppure quando emergano nuovi fatti o mezzi di prova che fondino una responsabilità penale potenzialmente sufficiente a giungere a condanna o una diversione, a condizione che il fatto non sia prescritto. In tal caso, la Procura può riattivare il processo senza bisogno di osservare particolari forme²⁴.

Una seconda possibilità per riattivare il procedimento archiviato è prevista al § 195 StPO (*Fortführung auf Antrag des Opfers*) e si ricollega idealmente ai diritti della vittima previsti dal codice di rito. La posizione di questa all'interno del procedimento penale ha infatti conosciuto in Austria un notevole rafforzamento negli ultimi anni, in particolare in seguito all'attuazione della direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime in materia di diritti,

¹⁹ Si tratterebbe di un principio generale ricavabile dal § 210 StPO, dedicato all'«accusa» e in particolare alla richiesta di rinvio a giudizio, che deve basarsi su un fatto sufficientemente chiarito («*Wenn auf Grund ausreichend geklärten Sachverhalts [...]*»); SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind? Ursachen des Rückgangs und Überlegungen zur Ausweitung*, in *Journal für Strafrecht*, 2013, 3, 102.

²⁰ Cfr. art. 131-bis c.p.: «Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

²¹ L'art. 34 l. 274/2000, con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, ritiene un fatto di particolare tenuità quando, «rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato».

²² In tal senso HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, Wien, 2017, 470.

²³ Un prelievo coercitivo del sangue costituisce una tale misura: HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, cit., 470.

²⁴ HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, cit., 470.

assistenza e protezione delle vittime di reato. Fra i vari diritti e misure anche di carattere informativo previsti dal § 10 StPO, dedicato alla partecipazione delle vittime al procedimento, esso impone all'autorità giudiziaria, nel decidere sulla cessazione di un procedimento, di verificare e sostenere nella migliore misura possibile l'interesse delle vittime alla riparazione del danno. Al contempo, il quarto titolo del codice di rito (§ 65 ss. StPO) è dedicato alle «vittime e [a]i loro diritti» e prevede in particolare, al § 66 che rinvia al § 195 StPO, la possibilità di chiedere al Tribunale la prosecuzione delle indagini archiviate. Ciò deve tuttavia avvenire entro 14 giorni dalla decisione di archiviazione e soltanto se si ritenga che la legge sia stata violata o applicata male, ovvero se vi siano dubbi sulla veracità dei fatti su cui la decisione è basata, ovvero siano emersi nuovi fatti o mezzi di prova. Soltanto qualora la vittima richieda la riapertura delle indagini, l'ordinamento austriaco prevede un controllo giurisdizionale sulla (già avvenuta) archiviazione. A decidere è un collegio di tre giudici; non è ammesso appello (§ 196 StPO).

3.2. Dato empirico. La relazione sulla sicurezza pubblicata ogni anno dal Ministero della giustizia²⁵ fornisce importanti dati empirici con riguardo all'incidenza dell'archiviazione per tenuità. La versione più recente della relazione risale al 2018 e fa riferimento ai dati rilevati nel corso del 2017. In quell'anno, il 9% delle archiviazioni operate dalle procure austriache era da ricondurre a considerazioni di tenuità: delle 156.235 archiviazioni disposte, 13.989 erano infatti motivate in tal senso²⁶. Se si compara questo dato con le richieste di rinvio a giudizio (62.512²⁷), si evince come ogni circa quattro rinvii a giudizio vi sia stata un'archiviazione per tenuità. Con riguardo agli organi che nel 2017 hanno proceduto all'archiviazione per tenuità, è la Procura ad averne disposto la maggior parte, appunto 13.989, mentre quelle sancite dalla Corte distrettuale o dal Tribunale sono state 806²⁸. In altri termini, ogni 100 archiviazioni per tenuità, 5 sono state disposte dai giudici, le restanti dalle Procure²⁹. L'andamento delle archiviazioni per tenuità nel periodo 2013-2017

²⁵ Le relazioni (*Sicherheitsberichte*) sono accessibili sul sito del ministero; si v. in particolare l'allegato dedicato alla giustizia penale (*Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz*): www.bmi.gv.at/508/start.aspx.

²⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 13. Si ricorda a tal riguardo che si sta prendendo in considerazione soltanto la disciplina di rilievo per l'adulto; cfr. quanto *supra* in nota.

²⁷ *Sicherheitsbericht 2017*, 30.

²⁸ *Sicherheitsbericht 2017*, 13 e 20.

²⁹ Se si considera il periodo 2013-2016, in media ogni anno ca. 15.900 procedimenti si sono conclusi tramite un'archiviazione; di queste, ca. il 91% è stato disposto dalle procure, il restante dai giudici. In

è caratterizzato da una certa variabilità, segnando i dati minimi nel 2014 e massimi nel 2016, rispettivamente con 14.519 e 18.183 archiviazioni.

4. Rinuncia alla persecuzione penale (Rücktritt von der Verfolgung, Diversion). 4.1. I requisiti generali della diversione. Le possibilità di “diversione” sono centrali nel procedimento penale austriaco. Con tale concetto si fa riferimento alle varie modalità di conclusione di un procedimento penale, prima o dopo il rinvio a giudizio, per il tramite di una risposta alternativa, non penale, che pure soddisfi le esigenze di prevenzione speciale e generale. A differenza dell’archiviazione per tenuità, la rinuncia alla persecuzione penale non avviene direttamente, bensì soltanto a seguito del positivo espletamento di una serie di prescrizioni³⁰. L’istituto della diversione, introdotto nel codice di rito³¹ nel 2000, ricomprende in sé una varietà di tipologie, tutte di ampio uso in Austria. Si pensi che di venti procedimenti conclusi dalle Procure o dai Tribunali nel 2017, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne totali o parziali, una era un’assoluzione in tutti i punti, e ben quattro le diversioni³².

Le condizioni in presenza delle quali la Procura o il giudice può offrire all’indagato o all’imputato una diversione sono enucleate dal titolo XI del codice di rito, rubricato «*Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)*» (198 StPO ss.). Innanzitutto, bisogna trovarsi in presenza di un *Offizialdelikt*, dove l’accusa è sostenuta dalla parte pubblica. Deve inoltre potersi escludere la

termini assoluti, nel 2016 ci sono state 18.183 archiviazioni per tenuità (di cui 17.006 tramite la Procura e 1.117 tramite i giudici); nel 2015, 16.638 (15.524 e 1.114); nel 2014, 14.519 (12.633 e 1.886); nel 2013, 15.172 (13.069 e 2.103). Tali risultanze si ricavano dai *Sicherheitsberichte* sommando le corrispondenti voci dei procedimenti conclusi dalle Procure (*Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaften*) con quelle dei procedimenti conclusi in sede giurisdizionale (*Verfahrenserledigung durch die Gerichte*).

³⁰ Tali prescrizioni non vanno chiaramente considerate quali sanzioni penali, in quanto queste potrebbero aversi soltanto al termine di un processo. A riguardo è stato notato come la dottrina austriaca non presti particolare attenzione alla natura giuridica delle prescrizioni oggetto della diversione: SUMMERER, “*Diversion*” e *giustizia riparativa*, cit., 174. Sul punto si v. anche i ragionamenti dell’Autrice a 171 ss.

³¹ Strafprozeßnovelle 1999, originariamente pubblicata in BGBl. 55/1999 ed entrata in vigore il primo gennaio 2000. La struttura del codice è stata quindi modificata nel 2004, con decorrenza dal 2008, tramite la già citata Strafprozessreformgesetz (BGBl. 19/2004).

³² Questi i dati assoluti: 254.241 i procedimenti conclusi, di cui: 161.207 archiviazioni, 31.415 condanne (totali o parziali), 9.444 assoluzioni (in tutti i punti), 52.175 diversioni: *Sicherheitsbericht 2017*, p. 30. Si noti che a p. 23 viene riportato un altro dato totale (251.467); tale somma tuttavia non tiene conto di tutti i procedimenti a cui fa riferimento la tabella di p. 30 (risposta del Ministero della Giustizia alla richiesta di chiarimento dell’autore, 28 e 29 luglio 2019).

possibilità di archiviare il procedimento, avendo la diversione carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità. Gli accadimenti devono essere «debitamente chiariti»³³, cosicché sarebbe ragionevolmente possibile rinviare a giudizio l'indagato con un'elevata probabilità di giungere a condanna³⁴. V'è quindi un limite edittale, dovendo il fatto di reato essere punito con la reclusione non superiore a cinque anni. L'elemento soggettivo al contempo «non deve essere grave»; nel definire in concreto tale concetto normativo, che non va confuso con il concetto di colpa grave, va fatto riferimento ai criteri di determinazione della pena³⁵. Assenti devono essere infine ragioni di carattere special- e generalpreventivo che giustificano l'apposizione di una sanzione. Si noti a riguardo che la stessa diversione, essendo una risposta potenzialmente individualizzata a un determinato fatto di reato, è ritenuta avere una particolare efficacia specialpreventiva³⁶. Alcuni reati sono esclusi dalla possibilità di diversione: questo avviene qualora il fatto abbia causato la morte di una persona (con un'eccezione)³⁷, ovvero in molti casi di abuso di ufficio³⁸ o qualora si proceda per un reato contro l'integrità e l'autodeterminazione sessuale punito con la reclusione superiore a tre anni.

In presenza delle varie condizioni indicate, il Pubblico Ministero o il giudice può offrire una diversione, che l'indagato (o imputato: per semplicità, di seguito si farà riferimento soltanto al primo) può accettare ovvero rifiutare. In tale ultimo caso, il procedimento prosegue secondo le forme ordinarie. Il consenso dell'indagato allo svolgimento della diversione è centrale sia da una

³³ «[...] *auf Grund hinreichend geklärten Sachverhaltes*». Si noti la differenza terminologica rispetto al requisito generale del § 210 StPO, prima richiamato, dove il fatto - ai fini della richiesta di rinvio a giudizio - deve essere «sufficientemente» (*ausreichend*) chiarito. Secondo autorevoli voci in dottrina tale diversa formulazione non deve tuttavia ingannare, richiedendo entrambi i termini lo stesso grado di convinzione: SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 104; BERTEL, VENIER, *StPO-Kommentar*, Wien, 2012, § 198, n. 2.

³⁴ BERTEL, VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., n. 2, i quali ritengono non si possa sostenere che gli accadimenti siano debitamente chiariti qualora l'indagato e la vittima non siano stati sentiti.

³⁵ SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2013, 19, 861 ss.

³⁶ Cfr. SUMMERER, *“Diversion” e giustizia riparativa*, cit., 161.

³⁷ Una diversione risulta infatti ugualmente possibile qualora la vittima sia un familiare dell'autore del fatto, la morte sia colposa e, in considerazione delle gravi sofferenze psicologiche che la morte ha causato all'autore, non appaia necessaria l'irrogazione di una sanzione: § 198 (2) (3) StPO.

³⁸ In caso di abuso d'ufficio, una diversione è possibile qualora la condotta non abbia violato ingiustamente i diritti altrui, ovvero in maniera tenue o non rilevante, e non vi sia concorso formale con i delitti di corruzione, anche solo promessa: § 198 (3) StPO.

prospettiva criminologica (ovvero specialpreventiva) sia per ragioni di carattere dogmatico: se l'adempimento delle prescrizioni previste dalla disciplina sulla diversione non fosse volontario, queste assumerebbero infatti natura penale, pur venendo irrogate senza le guarentigie di un processo³⁹.

Ciò che non è richiesto è invece una confessione⁴⁰. L'assunzione di responsabilità necessaria ai fini del risarcimento o quale requisito espresso di talune forme diversive viene tuttavia interpretata dalla giurisprudenza nel senso di richiedere una consapevolezza del torto commesso⁴¹. Critica è sul punto la dottrina⁴². Conseguentemente labile è infatti il discrimine che distingue una tale consapevolezza dalla necessità di una confessione in giudizio. La Corte suprema (*Oberster Gerichtshof*) è dell'opinione che non vada offerta una diversione qualora l'imputato «menta fino alla fine»⁴³.

Con l'eccezione della forma della c.d. mediazione penale, la diversione non richiede il consenso della persona offesa. Quest'ultima, che pure dispone di ampi diritti informativi (v. *supra*), non può richiedere uno scrutinio giurisdizionale della scelta diversiva effettuata dal Pubblico Ministero. Sono tuttavia vari i vantaggi che si presentano per essa, in particolare l'accelerazione del risarcimento. Le varie forme di diversione richiedono infatti, di regola, che la parte offesa veda rimborsato il danno patito. A ciò fanno eccezione soltanto la mediazione penale, in quanto le parti si accordano direttamente a riguardo, e la diversione prevista dalla disciplina sugli stupefacenti. La legge fa inoltre salvo il caso in cui «ragioni particolari» impongano di rinunciare al risarcimento. Eccettuati questi specifici casi, è interesse dell'indagato stesso procedere rapidamente alla liquidazione del risarcimento, essendo questi necessario affinché si giunga a una diversione. La vittima, pur non potendo eccepire sul suo ammontare, vedrà pertanto il danno risarcito in tempi più rapidi e sicuri rispetto a quelli che si avrebbero in presenza di un titolo esecutivo emesso a seguito di condanna.

³⁹ Cfr. SUMMERER, *“Diversion” e giustizia riparativa*, cit., 159.

⁴⁰ In tal senso, tra i vari, SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 199; HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, cit., 475. Sul punto v. anche SUMMERER, *“Diversion” e giustizia riparativa*, cit., 161.

⁴¹ Cfr. Oberster Gerichtshof, massima RS 0126734, 29.03.2011, oppure massima RS 0116299, 07.03.2002, entrambe in RIS.

⁴² BERTEL, VENIER, *Strafprozessrecht*, Wien, 2019, p. 103; cfr. anche SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 199.

⁴³ Oberster Gerichtshof, 12 Os 82/15y, 27.08.2015, in RIS. Per una breve disamina della giurisprudenza in proposito cfr. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 864.

Specularmente, numerosi sono i vantaggi di una diversione anche per l'autore della condotta: rispetto ad un ordinario procedimento penale, la vicenda si conclude in termini rapidi; non si giunge a una condanna e si evita il conseguente stigma; la fedina penale rimane pertanto illibata⁴⁴. In aggiunta, il ricorso agli istituti di diversione permette importanti vantaggi in termini economici, non essendo necessaria – anche alla luce del limitato obbligo di difesa tecnica in caso di reati di limitata gravità⁴⁵ – l'assistenza di un avvocato. Le spese del procedimento sono comunque dovute.

In aggiunta, si noti che la disciplina normativa non prevede una limitazione in termini di ripetibilità del ricorso alla diversione. Ciononostante, il fatto che un certo soggetto abbia già fatto uso di strumenti diversivi (di cui rimane traccia per 10 anni nei registri giudiziari: § 75 c. 2 StPO) costituisce un indice che viene attentamente valutato con riguardo alle esigenze di prevenzione speciale, la cui assenza è necessaria per poter avere (nuovamente) accesso alla diversione⁴⁶.

4.2. Le varie forme di diversione. Cinque (più una) sono le modalità di diversione previste dall'ordinamento per gli adulti, che di seguito brevemente si illustreranno. Tali varie forme non sono cumulative tra di loro; ad esempio, non si può offrire all'indagato, per lo stesso presunto fatto di reato, di pagare una somma pecuniaria e svolgere delle prestazioni socialmente utili⁴⁷. La Procura – o, come detto, il giudice – dispone di una notevole discrezionalità nello stabilire la modalità da offrirsi⁴⁸.

4.2.1. Pagamento di una somma pecuniaria (Zahlung eines Geldbetrages). Disciplinata al § 200 StPO, tale prima modalità di diversione consiste nel pagamento di una somma a favore dello Stato di ammontare fino a 180

⁴⁴ I certificati richiesti dal privato non riportano comunque i reati bagatellari: § 6 (2) della legge Bundesgesetz vom 15. Feber 1972 über die Tilgung von Verurteilungen und die Beschränkung der Auskunft (Tilgungsgesetz 1972), originariamente pubblicata in BGBl. 68/1972.

⁴⁵ Si v. il § 61 StPO.

⁴⁶ SCHROLL, § 198, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 39 e ss. Secondo altre voci, *de jure condendo* già dopo due anni dall'avvenuta diversione essa non dovrebbe più rilevare nella valutazione dell'adeguatezza specialpreventiva di una nuova diversione: BERTEL, VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 199, 545.

⁴⁷ BERTEL, VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 199, 545. Cfr., anche per riferimenti alla giurisprudenza, SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 864.

⁴⁸ SUMMERER, *"Diversion" e giustizia riparativa*, cit., 163.

Tagessätze, più i costi del procedimento, da pagarsi di regola entro quattordici giorni⁴⁹. Ogni *Tagessatz* consiste in un importo variabile tra 4 e 5.000 euro, il cui ammontare preciso nel caso di specie viene definito dal giudice con riguardo alla situazione personale e patrimoniale dell'imputato (§ 19 (2) StGB), permettendo così una risposta sanzionatoria differenziata e (più) proporzionata alle capacità economiche del singolo⁵⁰. Salvo particolari ragioni, è condizione necessaria per l'accesso a tale forma di diversione il risarcimento del danno, da compiersi nei tempi indicati dalla disposizione e comunque non superiori a sei mesi.

4.2.2. Svolgimento di prestazioni socialmente utili (Gemeinnützige Leistungen). La seconda forma di diversione consiste nello svolgimento di prestazioni a favore della collettività (§ 201 s. StPO), fino a un massimo di 240 ore, da compiersi nel tempo libero entro sei mesi⁵¹. I lavori vengono di regola veicolati da Neustart, un'associazione attiva da decenni nell'ambito della risocializzazione degli autori di reato, della tutela delle vittime e della prevenzione; essa presenta un rapporto di stabile collaborazione con la Repubblica austriaca ed è finanziata per la quasi totalità dalla mano pubblica⁵². Tale tipologia di diversione, d'intensità anche non indifferente, viene ad es. utilizzata per reati il cui disvalore si situa ben al di sopra della soglia bagatellare ma che sono privi di una precisa persona offesa, ad es. nel caso di danneggiamento di beni pubblici o reati ambientali⁵³. Un'ulteriore casistica di

⁴⁹ L'ordinamento italiano conosce un istituto con importanti similarità, dicasi l'oblazione per le contravvenzioni, consistente nel pagamento di un terzo del massimo edittale (162 c.p., qualora il reato sia punito con la sola ammenda), ovvero della metà del massimo edittale (162-bis c.p., qualora sia prevista l'ammenda o l'arresto), più le spese. L'oblazione ha carattere sostanziale, estinguendo il reato.

⁵⁰ Tale sistema viene utilizzato anche per la determinazione delle pene pecuniarie; in tale contesto, qualora non si sia in grado di pagare la somma stabilita, questa verrà convertita in una pena reclusiva, ove due *Tagessätze* corrispondono a un giorno di reclusione: § 19 (2) StGB. Sul tema cfr. LÄSSIG, *Geldstrafen § 19*, in HÖPFEL/RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2010. Si noti tuttavia che tale conversione non ha luogo nell'ambito delle diversioni: qualora la somma pecuniaria non venga puntualmente pagata, verrà infatti meno la temporanea rinuncia alla persecuzione penale con contestuale riapertura del procedimento (v. *infra*).

⁵¹ In Italia, il lavoro di pubblica utilità (art. 57 l. 274/2000), previsto per i reati di competenza del giudice di pace, ammonta a una prestazione non retribuita a favore della collettività da 10 giorni a sei mesi; in tale contesto, un giorno equivale a due ore di lavoro. Settimanalmente sono possibili sei ore di lavoro, salvo eccezioni.

⁵² Si v. il sito internet www.neustart.at.

⁵³ HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, cit., 483.

notevole rilevanza è quella rappresentata da reati di media criminalità (risse, violenze domestiche, condotte determinate dall'abuso di alcol)⁵⁴.

4.2.3. Periodo di prova (Probezeit). Il periodo di prova (§ 203 StPO) è la modalità di diversione in teoria meno afflittiva, richiedendo di non commettere ulteriori reati nei uno o due anni seguenti alla notificazione del provvedimento⁵⁵. In aggiunta sono previsti degli obblighi da osservarsi. La disciplina normativa non enuncia espressamente quali prestazioni possano venire in considerazione a tal riguardo; il giudice risulta pertanto possedere un ampio margine di discrezionalità. Frequentemente – a seconda del fatto di reato per cui si è proceduto – viene ad es. richiesto di svolgere determinate terapie, corsi di sicurezza stradale, training antiviolenza, ovvero omettere certi comportamenti (per es. non avvicinarsi al domicilio della vittima)⁵⁶. Il rispetto di tali prescrizioni viene supervisionato e coadiuvato da un assistente (*Bewährungshelfer*) di Neustart⁵⁷. L'ordinamento prevede tuttavia la possibilità che per ragioni particolari si rinunci all'apposizione di tali ulteriori obblighi, cosa che nella prassi avviene spesso. In particolare, ciò ha luogo in caso di reati di limitata rilevanza ma che tuttavia non possono essere oggetto di archiviazione e si ritenga basti la minaccia di una sanzione per prevenire la commissione di ulteriori fatti di reato⁵⁸.

4.2.4. La mediazione penale (Tatausgleich). L'istituto della mediazione penale (§ 204 StPO) consiste in un confronto tra autore e vittima del fatto per chiarire l'accaduto con riguardo a fatti di piccola e media criminalità e si

⁵⁴ SUMMERER, "Diversion" e giustizia riparativa, cit., 165.

⁵⁵ In questo senso v. il § 205 (2) (3) StPO; sul punto cfr. SCHROLL, § 205, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 13/1 ss.

⁵⁶ Cfr. HINTERHOFER, OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, cit., 483.

⁵⁷ Per un breve confronto con l'ordinamento italiano, la messa alla prova prevista dall'art. 168-bis ss. c.p. può trovare applicazione (una sola volta) se il fatto è punito con la pena pecuniaria e/o detentiva fino a quattro anni e comporta la sospensione del processo con contestuale prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno cagionato. L'imputato viene affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma – che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di predeterminate prescrizioni – ed è tenuto a compiere prestazioni di pubblica utilità. L'esito positivo ha carattere sostanziale, estinguendo il reato.

⁵⁸ Nel 2017 sono stati 9.876 i procedimenti conclusi con un periodo di prova *senza* obblighi avente avuto successo; appena 1.073 con un periodo di prova *congiunto* a determinati obblighi: *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

propone di risolvere il conflitto così creatosi⁵⁹. Il nome significa letteralmente “compensazione del fatto”⁶⁰ e in origine conteneva un espresso riferimento al carattere extragiudiziale della procedura («*außergerichtlicher Tatausgleich*»)⁶¹. Si tratta pertanto di un obiettivo più ampio rispetto alla mera riparazione del danno prodotto richiesta nelle altre forme di diversione. La mediazione penale nasce nel 1985 come modello sperimentale per i minorenni presso le corti di Vienna, Linz e Salisburgo, per trovare quindi ingresso definitivo nella giustizia minorile tramite la *Jugendgerichtsgesetz 1988*, in vigore dal gennaio 1989⁶². A seguito di tali innovazioni normative sul fronte minorile, si iniziò a discutere sull’opportunità di introdurre tale istituto anche nel diritto proceduralpenale degli adulti. A seguito di un periodo sperimentale tra il 1992 e il 1999, alla fine degli anni Novanta⁶³ esso è così assorto a metodo generale di diversione dei procedimenti. In aggiunta ai presupposti richiesti per tutte le diversioni, sì da poter accedere a una mediazione penale è altresì necessario che i beni giuridici della vittima siano stati offesi direttamente dall’azione e l’autore sia pronto ad assumere responsabilità per l’azione e confrontarsi con le motivazioni alla sua origine. Egli è tenuto a riparare in maniera adeguata le conseguenze dell’azione, in particolare tramite il risarcimento del danno, e - qualora necessario - assumere obbligazioni a dimostrazione della sua volontà di evitare *pro-futuro* i comportamenti all’origine della condotta (§ 204 StPO). Durante la mediazione penale è in aggiunta richiesto di non commettere ulteriori reati⁶⁴.

La mediazione penale richiede la partecipazione attiva e pertanto il consenso della vittima; di questi si può fare a meno soltanto qualora venga negato per «motivi non degni di essere considerati nel processo penale». Ciò ad esempio è il caso qualora la vittima per mere ragioni di vendetta neghi la propria disponibilità a entrare in una mediazione penale. Gli interessi della vittima

⁵⁹ *Sicherheitsbericht 2017*, 69.

⁶⁰ SUMMERER, “*Diversion*” e *giustizia riparativa*, cit., 167.

⁶¹ Si noti la denominazione leggermente diversa rispetto al similare istituto presente nella Repubblica federale di Germania, «*Täter-Opfer-Ausgleich*»; v. a riguardo, in particolare, i § 46 ss. del codice penale germanico (*Strafgesetzbuch*) e § 153a ss. del relativo codice di rito (*Strafprozessordnung*).

⁶² NEUSTART, *25 Jahre Tatausgleich in Österreich*, Wien, 2011, 1 s., accessibile sul sito www.neustart.at.

⁶³ § 90a ss. della legge di riforma del processo penale: *Strafprozeßnovelle 1999*, originariamente pubblicata in BGBl. 449/1999.

⁶⁴ In questo senso v. il § 205 (2) (3) StPO; sul punto cfr. SCHROLL, § 205, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 13/2 ss.

sono tuttavia da osservare anche in tale situazione, ad es. riconoscendo ad essa un risarcimento economico⁶⁵.

La mediazione viene di regola delegata dalla Procura a un mediatore (*Konfliktregler*) di Neustart, che aiuta le parti a chiarire come si sia giunti all'accaduto, quali ne siano le conseguenze e come vi si possa porre rimedio, nonché quali siano le possibilità per risolvere il conflitto e regolare i futuri rapporti. Tali aspetti risultano di particolare rilevanza alla luce del fatto che le indagini mostrano come parte preponderante dei soggetti coinvolti (61%) si conoscesse prima della condotta e probabilmente avrà da intrattenere rapporti anche in futuro⁶⁶, ad esempio quale conviventi, vicini di casa o colleghi di lavoro. L'ambito di maggiore ricorso alla mediazione penale concerne le lesioni personali; il 65,1% delle casistiche nel 2017 interessava infatti tale fatto di reato⁶⁷.

4.2.5. Forme speciali: la diversione della disciplina sugli stupefacenti e quella per i testimoni chiave. Vi sono infine due forme "speciali" di diversione, che vanno analizzate brevemente. Una prima è prevista dalla normativa sugli stupefacenti (§ 35 e 37 *Suchtmittelgesetz*, SMG)⁶⁸. Questa tipologia presenta una propria disciplina, con requisiti particolari, diversi a seconda della gravità del fatto, che fanno parzialmente eccezione a quelli in generale enunciati dal codice di rito e prima descritti. Sostanzialmente, essa consiste in un periodo di prova di uno o due anni, eventualmente connesso ad ulteriori oneri. Nei casi di minore gravità, la Procura ricorre alla diversione ogniqualvolta alcuni reati di carattere lieve (tra cui il possesso di stupefacenti)⁶⁹ siano stati commessi unicamente per uso personale proprio o altrui, senza che l'autore

⁶⁵ SCHROLL, § 204, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 8.

⁶⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 69; i conflitti all'interno della coppia risultano essere una delle costellazioni più frequenti a riguardo: HOFINGER, *Konfliktregelung statt Strafe: Zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs*, in *Richterzeitung*, 2014, 4, 91.

⁶⁷ *Sicherheitsbericht 2017*, 70 s.

⁶⁸ Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (*Suchtmittelgesetz* - SMG), inizialmente pubblicato su BGBl. 112/1997.

⁶⁹ Si tratta dei reati previsti al § 27 (1) e (2) SMG e al § 30 SMG. La prima disposizione concerne l'acquisto, il possesso, la produzione, il trasporto, l'importazione, l'esportazione, l'offerta, la consegna o il procacciamento di stupefacenti, ovvero la coltivazione di determinate piante o funghi. Tali reati sono puniti con la reclusione fino ad un anno o la somma pecuniaria fino a 360 *Tagessätze*, nel caso di uso esclusivamente personale, reclusione fino a sei mesi o la somma pecuniaria fino a 360 *Tagessätze*. La seconda disposizione punisce invece la preparazione del commercio di sostanze psicotrope.

ne abbia ricavato un vantaggio. In tali casi la persona deve sottoporsi ad un'analisi medica che stabilisca se sia necessaria una terapia; in caso affermativo, il soggetto deve essere pronto a sottoporvisi, al fine di accedere alla diversione. Nei casi più gravi – dicasi ove siano stati commessi alcuni reati di maggiore disvalore⁷⁰, oppure dove il procacciamento della sostanza psicotropa abbia richiesto la causazione di un altro reato – la Procura procede alla diversione qualora il reato sia di competenza della Corte distrettuale o del Tribunale monocratico, l'elemento soggettivo non sia grave e la concessione di una diversione risponda alle esigenze di prevenzione speciale. Nel 2016 la disciplina è stata ulteriormente semplificata⁷¹; qualora riceva informazione da parte della polizia giudiziaria della ricorrenza di una casistica “semplice”⁷², la Procura – salvo ritenga necessarie ulteriori indagini – deve ricorrere direttamente a una diversione, senza necessità di procedere previamente ad un'analisi medica⁷³.

La seconda forma speciale di diversione è prevista dal codice di rito ai § 209a e 209b StPO ed è riservata ai testimoni chiavi (*Kronzeugen*) di fatti di grave criminalità, in particolare economica, intenzionati a collaborare con la giustizia. Avendo essa tuttavia finalità eterogenee rispetto alle altre forme diversive – dicasi l'incentivazione alla cooperazione con la Giustizia nell'ambito di reati di rilevante gravità e difficile persecuzione – non verrà tuttavia qui trattata⁷⁴.

4.3. Procedura e possibilità di riapertura del procedimento. Il procedimento di diversione può venire avviato dalla Procura ovvero, dopo l'esercizio dell'azione penale, dal giudice nei confronti dell'imputato (§ 199 StPO),

⁷⁰ Dicasi i reati elencati dai §§ 27, 30, 31 e 31a SMG (ad esempio il commercio di quantitativi non lievi di sostanze psicotrope), ovvero dai §§ 28 e 28a SMG qualora in congiunzione con la dipendenza dell'autore del reato dalle sostanze psicotrope.

⁷¹ La modifica, che ha ampliato le maglie del ricorso alla diversione, è contenuta all'art. 2 della seguente legge di riforma: *Strafrechtsänderungsgesetz 2015*, in BGBl. 112/2015. Per una breve panoramica della situazione normativa precedente alla riforma cfr. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 866 ss.

⁷² Dicasi qualora un reato previsto dal § 27 (1) e (2) SMG sia stato commesso unicamente per uso personale proprio o altrui, senza che l'autore ne abbia ricavato un vantaggio.

⁷³ Cfr. il nuovo § 35 (9) in combinato con il § 13 (2a) e (2b) SMG.

⁷⁴ Sul tema si v. SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 204; BERTEL, VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 209 e ss.; LEITNER, § 209a e 209b, in SCHMÖLZER, MÜHLBACHER (a cura di), *Strafprozessordnung-Kommentar*, Wien, 2013.

comunicando la propria offerta di diversione all'indagato⁷⁵ e informando al contempo la vittima, alla quale l'ordinamento tuttavia non attribuisce alcune poteri a proposito⁷⁶. L'offerta rimane vincolante anche qualora emergessero ulteriori elementi che ne farebbero venire meno i presupposti e può venire modificata soltanto a vantaggio dell'indagato⁷⁷. Qualora l'indagato l'accetti, ha luogo una temporanea rinuncia alla persecuzione penale, durante la quale trova spazio la diversione: l'indagato deve pagare la somma entro i termini pattuiti, svolgere le prestazioni, rispettare il periodo di prova e le relative prescrizioni, ovvero partecipare alla mediazione penale. Qualora l'indagato non ottemperi, ovvero si avviino indagini nei suoi confronti per un ulteriore fatto di reato (§ 205 StPO), la temporanea rinuncia viene meno e il procedimento penale riprende il suo corso.

È solo in caso di esito positivo della diversione che la prima, temporanea rinuncia alla prosecuzione penale diventa definitiva, con conseguenze di carattere materiale. In virtù del principio *ne bis in idem*, tale rinuncia ha effetti preclusivi dell'ulteriore corso del procedimento⁷⁸. La riapertura dello stesso è possibile soltanto alle condizioni previste per la revisione delle sentenze (si v. il § 205 StPO, che rimanda al § 352). È pertanto necessario che il fatto non sia prescritto e a) la diversione sia dovuta ad atti falsificati, dichiarazione mendaci, corruzione o altri reati dell'imputato o di un terzo, ovvero b) la persona successivamente confessi⁷⁹. Un'ultima possibilità per riaprire il procedimento è data qualora (c) emergano nuovi fatti o mezzi di prova che - escludendo la sussistenza dei requisiti necessari per la diversione⁸⁰ - fondino una responsabilità penale potenzialmente sufficiente a giungere a condanna. Perlomeno da un punto di vista teorico, tale ultima previsione relativizza pertanto con forza la preclusione di un ulteriore procedimento penale collegata all'esito positivo della diversione.

⁷⁵ Si v., a seconda della tipologia di diversione, i §§ 200 (4), 201 (4) e 203 (3) StPO.

⁷⁶ SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., 199; OSHIDARI, 486. A ciò fa eccezione la mediazione penale, dove è richiesto il consenso della vittima (si v. *supra*).

⁷⁷ BERTEL, VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 104.

⁷⁸ SUMMERER, "*Diversion*" e *giustizia riparativa*, cit., 170 s.

⁷⁹ A proposito si veda tuttavia quanto scritto *supra* con riguardo al fatto che le corti tendono a richiedere un'assunzione di responsabilità già al fine di accedere alla diversione.

⁸⁰ BERTEL, VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 173; LEWISCH, § 353, in FUCHS, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2019, n. 35.

4.4. Dato empirico. 4.4.1 Incidenza statistica e andamento. Le diversioni rivestono un ruolo centrale nel procedimento penale austriaco. Come visto, di venti procedimenti conclusi dalle Procure o dai Tribunali nel 2017, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne, una in un'assoluzione totale, e ben quattro in diversioni⁸¹. La maggioranza delle diversioni è conseguita a un'offerta da parte dalla Procura. Ogni venti offerte di diversione, è infatti stato questo il caso per 16 di loro (83,4%), mentre tre (12,3%) provenivano dalla Corte distrettuale e una (4,3%) dal Tribunale⁸².

In termini assoluti, nel 2017 sono stati 52.175 i procedimenti conclusi con una diversione avente avuto successo; di questi, 24.938 erano da ricondurre alla disciplina sugli stupefacenti, 9.226 a una somma pecuniaria, 2.116 a prestazioni socialmente utili, 9.876 al periodo di prova senza obblighi e 1.073 al periodo di prova con obblighi, mentre 4.084 sono state le mediazioni penali⁸³.

Il ricorso agli istituti diversivi è tornato a crescere nel 2017. Se nel 2013 erano 42.901⁸⁴ i procedimenti penali conclusi definitivamente con una misura diversiva, tale dato era infatti costantemente calato negli anni successivi⁸⁵. Nel 2017 si è tuttavia segnalato un considerevole aumento: in tale anno, 52.175 procedimenti si sono conclusi per il tramite di una diversione⁸⁶. Se si scende nel dettaglio, tuttavia, si noterà come tale repentino incremento sia dovuto per la quasi totalità all'allargamento delle maglie della diversione per gli stupefacenti, che rappresenta oggi circa la metà di tutte le diversioni.

Mentre gli altri istituti diversivi si sono mantenuti pressoché costanti o hanno conosciuto un leggero calo⁸⁷, la diversione per gli stupefacenti è aumentata

⁸¹ Questi i dati assoluti: 254.241 i procedimenti conclusi, di cui: 161.207 archiviazioni, 31.415 condanne (totali o parziali), 9.444 assoluzioni (in tutti i punti), 52.175 diversioni: *Sicherheitsbericht 2017*, p. 30. Si noti che a p. 23 viene riportato un altro dato totale (251.467); tale somma tuttavia non tiene conto di tutti i procedimenti a cui fa riferimento la tabella di p. 30 (risposta del Ministero della Giustizia alla richiesta di chiarimento dell'autore, 28 e 29 luglio 2019).

⁸² *Sicherheitsbericht 2017*, 62.

⁸³ *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

⁸⁴ *Sicherheitsbericht 2013*, 23 ss.

⁸⁵ Dicasi 41.534 nel 2014, 40.439 nel 2015 e 39.700 nel 2016; si vedano i relativi Sicherheitsberichte a pp. 23 ss.

⁸⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 23 e 30.

⁸⁷ Somma pecuniaria: 9.226 nel 2017, 9.319 nel 2016, 9.692 nel 2015, 10.914 nel 2014, 11.258 nel 2013. Prestazioni socialmente utili: 2.116 nel 2017, 2.112 nel 2016, 2.195 nel 2015, 2.324 nel 2014, 2.420 nel 2013. Periodo di prova senza obblighi: 9.876 nel 2017, 9.659 nel 2016, 9.978 nel 2015, 9.998 nel 2014, 10.268 nel 2013. Periodo di prova con obblighi: 1.073 nel 2017, 1.110 nel 2016, 1.192 nel

quasi del 100% nel 2017 rispetto all'anno precedente⁸⁸. Se si eccettua tale ambito, la restante generalità delle diversioni risulta in costante calo nei cinque anni analizzati; tale tendenza è osservabile fin dal 2008⁸⁹. A spiegazione di tale tendenza sono state avanzate varie ipotesi.

Da una, è stato osservato come l'introduzione della diversione fu ben preparata a livello istituzionale e mediatico, con ampie campagne informative nei confronti degli operatori del diritto e della popolazione stessa⁹⁰. Dopo un'iniziale, repentina crescita, gli operatori della giustizia ora tornerebbero ad archiviare di più⁹¹.

Dall'altra, l'istituto della diversione potrebbe risultare, in termini "prestazionali", poco attrattivo per le procure. I procedimenti rimangono infatti aperti più a lungo, se si considera che in caso di un rinvio a giudizio il procedimento risulterebbe infatti concluso per quanto riguarda la fase di indagine, con contemporanea apertura di una nuova fase e nuovi termini⁹².

In aggiunta, è vero che il ricorso a una diversione nel caso di delitti minori è caratterizzato da una notevole economicità, in quanto non richiede di svolgere particolari indagini e di sostenere l'accusa in giudizio. La diversione stessa richiede tuttavia un certo dispiego di forze da parte del procuratore

2015, 1.182 nel 2014, 1.282 nel 2013. Mediazione penale: 4.946 nel 2017, 4.800 nel 2016, 4.890 nel 2015, 5.002 nel 2014, 5.386 nel 2013. Tali risultanze si ricavano dai *Sicherheitsberichte* degli anni corrispondenti sommando i dati relativi ai procedimenti conclusi dalle Procure (*Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaften*) con quelli conclusi in sede giurisdizionale (*Verfahrenserledigung durch die Gerichte*).

⁸⁸ I procedimenti conclusi per diversione ai sensi dei §§ 35 e 37 SMG sono stati 24.938 nel 2017, 12.700 nel 2016, 12.492 nel 2015, 12.114 nel 2014 e 12.287 nel 2013; i dati sono tratti dai relativi *Sicherheitsberichte*. Il leggero ritardo rispetto alla novella, entrata in vigore nel 2016, è dovuta a questioni di tempistica procedurale. I dati si riferiscono infatti ai procedimenti *conclusi* tramite una diversione; a tal fine, è necessario che quest'ultima - nel caso della disciplina sugli stupefacenti, sostanzialmente un periodo di prova di uno o due anni - sia andata a buon fine. Già nel 2016, infatti, le *offerte* di diversione per reati inerenti agli stupefacenti sono aumentate del 78% (25.666 rispetto a 14.384 nell'anno precedente): *Sicherheitsbericht 2016*, 64; nel 2017 tale dato aumenta ulteriormente, giungendo a 27.990: *Sicherheitsbericht 2017*, 63.

⁸⁹ SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 102.

⁹⁰ SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 102.

⁹¹ SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 103.

⁹² La chiusura di una fase processuale si riflette positivamente anche sulle prestazioni delle procure pubblicate ogni anno tramite i citati *Sicherheitsberichte*. Tale considerazione interessa in particolare la mediazione penale, mentre la provvisoria archiviazione prevista nel corso dello svolgimento delle prestazioni socialmente utili e il periodo di prova permettono alle procure di stralciare temporaneamente la posizione dal registro dei casi aperti: SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 104.

precedente, chiamato a supervisionarne lo svolgimento (per una durata fino a due anni nel caso del periodo di prova) e quindi sancirne l'esito positivo ovvero, in caso contrario, rinviare a giudizio. Per il procuratore potrebbe pertanto risultare più "conveniente", in termini di mera utilità personale, rinviare a giudizio e affidare la vicenda ad altri colleghi⁹³. Le due fasi - preprocessuale e processuale - in Austria non vengono infatti necessariamente curate dallo stesso procuratore. In aggiunta, i fatti potenzialmente oggetto di diversione richiedono, per essere rinviati a giudizio, un atto della Procura dai contenuti alquanto essenziali e pertanto di rapida stesura⁹⁴.

Ulteriori ipotesi a spiegazione del calo degli strumenti diversivi si interrogano se questi ultimi non siano avvertiti come "troppo poco" dalla popolazione, ovvero dalle forze dell'ordine, che vedrebbero - in un qualche tal senso - vanificati i propri sforzi d'indagine; oppure se l'alta o bassa incidenza non dipenda dall'impostazione dei dirigenti degli uffici del Pubblico Ministero, rispetto ai quali i sostituti procuratori sono gerarchicamente subordinati⁹⁵.

4.4.2. Incidenza della diversione sulla recidiva. Le varie forme di diversione hanno importanti effetti sulla recidiva dei soggetti coinvolti. Per quanto ad esempio concerne la mediazione penale, uno studio pubblicato nel 2018⁹⁶ ha studiato le ricadute penali con riguardo a un campione di 1.137 mediazioni concluse nel 2013. Nei tre anni seguenti, l'88% di coloro che avevano partecipato come accusati ad una mediazione penale non è risultato recidivo. Il dato sale all'89% se si considerano soltanto le mediazioni aventi avuto esito

⁹³ SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 104.

⁹⁴ L'accusa nel contesto della Corte distrettuale e del Tribunale monocratico conosce infatti delle forme semplificate. L'atto che richiede il rinvio a giudizio in tale contesto prevede dei contenuti molto limitati, con la mera indicazione del fatto e del parametro violato, senza un'ulteriore motivazione dell'asserita responsabilità penale. In tale contesto, la richiesta di rinvio a giudizio è denominata *Strafantrag*. L'atto richiesto per il rinvio a giudizio davanti alle altre composizioni del Tribunale è invece più elaborato e diverso anche nel nome (*Anklageschrift*). In aggiunta, il Pubblico Ministero presso la Corte distrettuale non opera di regola tramite magistrati di carriera, facendo affidamento su funzionari della Procura ovvero altre persone idonee in rapporto lavorativo con lo Stato i quali, sotto la supervisione di un sostituto procuratore, rappresentano l'accusa in giudizio. Si v. i requisiti di cui al § 4 della legge Staatsanwaltschaftsgesetz (StAG), originariamente pubblicata in BGBl. 164/1986.

⁹⁵ SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind?*, cit., 105 e 107.

⁹⁶ HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II, Endbericht*, Wien, 2018.

positivo⁹⁷. Si noti tuttavia come una parte non indifferente delle mediazioni penali non abbia successo⁹⁸.

Con riguardo allo specifico ambito delle lesioni personali – come visto la costellazione più frequentemente interessata dalla mediazione penale –, la recidiva nei tre anni risulta notevolmente diversa a seconda che il soggetto sia stato condannato, ovvero abbia ricevuto un’offerta di mediazione penale. Nel primo caso, il 36% è tornato recidivo; nel secondo caso, tale dato scende invece all’11%⁹⁹.

Tali rilevazioni hanno dato adito ad entusiaste osservazioni sulla rilevanza specialpreventiva degli strumenti diversivi¹⁰⁰. Pur essendo evidente l’efficacia in tal senso, bisogna tuttavia prestare particolare attenzione nell’interpretazione dei dati. A ricevere un’offerta di mediazione penale saranno infatti più facilmente quei soggetti che già hanno, in buona misura, compreso il disvalore dell’azione e sono intenzionati a evitare in futuro simili comportamenti lesivi. Tali elementi costituiscono pertanto precondizioni di fatto necessarie per l’accesso a tale forma diversiva, più che esserne il risultato. La limitata recidiva che la mediazione penale presenta va pertanto parzialmente spiegata con la circoscrizione *ab origine* del bacino di soggetti che ne vengono a godere¹⁰¹.

⁹⁷ HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II*, cit., 18.

⁹⁸ Dei 6.774 procedimenti interessati nel 2017 da una mediazione penale (la cui offerta può tuttavia risalire anche ad anni precedenti), 4.084 si sono conclusi positivamente, mentre 1.828 non hanno avuto esito positivo: *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

⁹⁹ HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II*, cit., 25.

¹⁰⁰ Cfr. GLAESER, STANGL, *Wider die Abkehr von Opferorientierung, Ausgleich und Wiedergutmachung. Restorative Potenziale im österreichischen Strafrecht*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2015, 13, 606.

¹⁰¹ Trattasi di un fenomeno spesso definito *swimmer’s body illusion* – l’illusione del corpo del nuotatore – che porta a confondere i fattori selettivi per l’accesso a una determinata attività o situazione, con il risultato della stessa. Per fare ricorso all’esempio a cui si deve il nome di tale fenomeno ingannatorio: guardando una finale olimpica di nuoto, si potrebbe essere tentati – alla luce dello splendido corpo che tale attività sportiva modella: i nuotatori sono così prestanti, armoniosi e proporzionati nella loro costituzione fisica, con spalle larghe e alta statura – a riprendere subito in mano il costume e tornare a frequentare la piscina sotto casa. Non si vuole qui sottostimare gli effetti positivi dell’attività sportiva sulla salute individuale. È tuttavia chiaro che non è tanto l’allenamento che ha reso i nuotatori olimpici come sono, bensì il contrario: non fossero stati di alta statura, larghi nelle spalle e con una forma fisica ideale per quella specifica attività, non sarebbero mai giunti alla finale olimpica. Il loro prestante fisico risulta così più un fattore selettivo d’accesso piuttosto che un esito soltanto dell’allenamento. Per un’introduzione al tema v. TALEB, *The Black Swan*, New York, 2007, 109 s., e DOBELLI, *The Art of Thinking Clearly*, New York, 2014.

Un discorso simile lo si può compiere con riguardo alle prestazioni socialmente utili. Il 77,5% di coloro che vi hanno avuto accesso non sono tornati recidivi nei tre anni a seguire (81% se si considerano soltanto le diversioni aventi avuto esito positivo). Nello specifico ambito dei delitti patrimoniali – una costellazione alquanto frequente per questa modalità diversiva¹⁰² –, la recidiva di coloro che hanno ricevuto un’offerta di prestazioni socialmente utili risulta di sei punti percentuali inferiori rispetto al campione generale (24% invece che 30%)¹⁰³. Per le forme diversive del periodo di prova e della somma pecuniaria non risultano invece dati statistici attendibili a disposizione¹⁰⁴.

5. Pentimento operoso (Tätige Reue). Per concludere si tratterà brevemente del pentimento operoso (§ 167 StGB); pur trattandosi di un istituto di diritto sostanziale, esso presenta infatti importanti connessioni con il tema generale qui studiato. In forza di tale disposizione del codice penale, un comportamento successivo al fatto estingue il reato, fornendo così al reo una sorta di “seconda chance”. I fatti di reato ammessi a godere di tale trattamento sono elencati dal codice; si tratta in concreto di reati di stampo perlopiù patrimoniale, tra i quali il danneggiamento reale, il furto, la malversazione, la truffa e la bancarotta fraudolenta.

Ai fini dell’estinzione del reato, prima che l’Autorità venga a sapere della responsabilità penale dell’autore del fatto, questi – senza esservi costretto – deve aver riparato completamente il danno, o essersi obbligato contrattualmente in tal senso, o essersi autodenunciato con contemporanea consegna dell’oggetto del furto o di una somma corrispondente alle conseguenze lesive della condotta. L’autore non è punibile anche qualora il danno venga risarcito da un terzo o da un concorrente nel reato, a condizione che egli pure si sia «seriamente impegnato» alla riparazione del danno. La ratio della norma sta in considerazioni di stampo generalpreventivo e specialpreventivo. Il comportamento dell’autore, che spontaneamente fa venir meno gli effetti offensivi dell’azione, si ritenga infatti soddisfatti entrambi

¹⁰² HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II*, cit., 27.

¹⁰³ HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II*, cit., 33.

¹⁰⁴ Con riguardo al periodo di prova, lo studio citato riporta una rilevazione che si situa nella scia positiva delle altre due forme diversive esaminate: il 71% di coloro che hanno ricevuto un’offerta, e il 78% di chi ha portato a conclusione il periodo di prova, non è tornato recidivo. Il campione utilizzato (n=65) appare tuttavia troppo limitato per giungere ad attendibili generalizzazioni: HOFINGER, PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II*, cit., 49.

tali esigenze¹⁰⁵. In aggiunta, l'istituto risponde anche all'interesse primario della vittima alla riparazione del danno¹⁰⁶. Non richiesto è il consenso di questa, né possono trovare ingresso ulteriori considerazioni di prevenzione generale o speciale da parte dell'interprete.

Il requisito che tale comportamento abbia luogo prima che l'autorità pubblica venga a sapere della responsabilità penale dell'autore viene inteso nel senso che questi non deve essere già oggetto di indagini. Al contempo, gli interpreti - in forza del fatto che il soggetto non deve essere "costretto" in tal senso - escludono da tale possibilità il caso in cui una persona scelga il pentimento operoso per evitare che il bottino gli venga di lì a poco sottratto¹⁰⁷. Si pensi al caso in cui l'autore del reato, dopo aver compiuto un furto, si accorga che la scena del delitto era sorvegliata da telecamere e si rechi pertanto alla prima stazione di polizia per consegnare il maltolto. Sebbene in tale situazione, dati i tempi stretti, è improbabile che l'Autorità già sapesse della sua colpevolezza, cionondimeno non è presente il requisito della libertà della condotta e il paragrafo non può trovare applicazione.

6. Conclusioni: punti di criticità e importanti benefici della disciplina austriaca. L'Austria presenta una rilevante esperienza nelle definizioni alternative del procedimento penale. Sia l'archiviazione per tenuità (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*), sia le varie forme di diversione (*Rücktritt von der Verfolgung* ovvero *Diversion*) rivestono un ruolo centrale nel suo ordinamento processuale penale. Il primo istituto conduce direttamente all'archiviazione del procedimento, mentre la disciplina sulla diversione - avente carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità - comporta una rinuncia alla persecuzione del fatto qualora l'indagato o l'imputato abbia positivamente ottemperato agli obblighi di cui è stato fatto oggetto.

Il ruolo centrale di tali due istituti all'interno del procedimento penale austriaco è confermato dalle rilevazioni empiriche. Come visto, nel 2017 ogni quattro rinvii a giudizio ha statisticamente avuto luogo un'archiviazione per tenuità. Ancora maggiore l'incidenza delle diversioni: di venti procedimenti

¹⁰⁵ SOYER, POLLAK, *Tätige Reue. Grundfragen der Rechtzeitigkeit und Freiwilligkeit der Schadensgutmachung*, in *SIK-Journal*, 2016, 2, 50 e 52.

¹⁰⁶ KIRCHBACHER, § 167, in HÖPFEL, RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2018, n. 9 ss.

¹⁰⁷ Non esclusa è invece l'ammissibilità del pentimento operoso qualora la vittima minacci di denunciare l'accaduto: per entrambi i riferimenti cfr. BERTEL, SCHWAIGHOFER, VENIER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien, 2018, 312.

conclusi dalle Procure o dai Tribunali in quell'anno, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne totali o parziali, una era un'assoluzione in tutti i punti, e ben quattro le diversioni.

I due istituti presentano varie differenze. L'archiviazione per tenuità è innanzitutto da rilevarsi d'ufficio in ogni fase del procedimento. La diversione, al contrario, consegue ad un'offerta della Procura o del giudice (Corte distrettuale o Tribunale monocratico) all'autore del presunto fatto di reato, che vi deve consentire. All'archiviazione per tenuità si può fare ricorso qualora il fatto sia punito con la reclusione fino a tre anni o con la sanzione pecuniaria, mentre sono passibili di diversione i fatti puniti fino a cinque anni di reclusione.

Affinché si giunga ad un'archiviazione, il fatto deve inoltre presentare una limitata offensività in concreto; all'interno di tale valutazione si considerano in maniera unitaria l'elemento soggettivo, le conseguenze del fatto, il comportamento successivo al reato (in particolare la riparazione del danno) e gli altri fattori incidenti sulla pena. Per la diversione è invece richiesto che l'elemento soggettivo - oggetto di una valutazione a se stante sulla base dei criteri previsti per la determinazione della pena - non sia "grave". Sia l'archiviazione che la diversione presentano generale applicabilità, ma alcune tipologie di reato sono escluse dalla seconda.

Con riguardo al risarcimento, questo risulta imprescindibile per accedere alla diversione, fatta salva la tipologia della mediazione penale (in cui saranno le parti ad accordarsi a proposito) e la diversione per gli stupefacenti. Nell'ambito dell'archiviazione per tenuità esso viene invece considerato all'interno del comportamento successivo al reato, pertanto nell'ambito della valutazione globale inerente alla limitata offensività in concreto dell'accaduto.

Vari sono tuttavia pure i requisiti comuni ai due istituti. Oltre a quanto già detto, entrambi richiedono l'assenza di ragioni di prevenzione generale e speciale che giustificano l'apposizione di una sanzione. Passibili di archiviazione per tenuità o diversione sono soltanto gli *Offizialdelikte*, ovvero i reati in cui l'accusa è sostenuta dal Pubblico Ministero. Entrambi gli istituti richiedono infine che la rilevanza penale degli accadimenti sia già stata adeguatamente accertata. Tale requisito è previsto esplicitamente per la diversione, mentre con riguardo all'archiviazione viene dedotto dalla sistematica del codice di rito.

I due istituti presentano entrambi conseguenze di carattere processuale, dicasi l'archiviazione del procedimento ovvero la rinuncia alla persecuzione penale. Una riapertura dei rispettivi procedimenti non è tuttavia di facile attuazione,

sebbene - a dispetto del richiamo al principio del *ne bis in idem* che in Austria è ampio uso fare - teoricamente neanche del tutto remoto.

Non mancano i punti di criticità, che saltano all'occhio dell'osservatore esterno in particolare con riguardo alle diversioni. Problematica, con riguardo al principio di presunzione d'innocenza, è la tendenza delle Procure a offrire in maniera relativamente facile una diversione, sì da concludere in modo rapido i procedimenti. Sebbene l'indagato possa sempre rifiutare l'offerta, è chiaro come egli - anche se non responsabile del fatto attribuitogli - sia incentivato ad accettare una tale limitata "sanzione", che gli garantisce di evitare il carico psicologico, i danni d'immagine, l'alea e i costi di un procedimento penale¹⁰⁸.

In aggiunta, in senso contrario rispetto alla previsione normativa che richiede che, prima di procedere a una diversione, la Procura si assicuri che gli accadimenti siano debitamente chiariti nel senso di un'elevata probabilità di condanna, notevole è il rischio che l'offerta di una diversione per determinati fatti di reato abbia luogo quasi automaticamente¹⁰⁹. Da un punto di vista dogmatico, critica appare infine l'assenza di un controllo giudiziario dell'operato della Procura che, durante le indagini, archivi un procedimento oppure offra una diversione. Nel primo caso uno scrutinio giudiziario ha luogo soltanto qualora la vittima richieda la riattivazione del procedimento, mentre nel secondo - statisticamente la costellazione più frequente - non è del tutto previsto.

Tali aspetti critici non devono tuttavia relegare in secondo piano i notevoli benefici della disciplina austriaca¹¹⁰. L'ampio ricorso all'archiviazione per

¹⁰⁸ BERTEL, VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 102. Si noti a proposito che, anche in Austria, all'imputato assolto non vengono risarciti i costi sostenuti per la difesa legale. Il carattere paradossale che tale situazione può presentare diventa evidente con riguardo alla situazione di un indagato o imputato che, per evitare la continuazione del procedimento, si veda offrire la diversione del pagamento di una somma pecuniaria (diciamo 1.000 euro). Se non paga, egli - seppure non sia sempre obbligato in tal senso - ragionevolmente darà incarico a un avvocato di rappresentarlo in giudizio. Ipotizziamo che il processo si concluda positivamente e venga assolto: ebbene, i costi di difesa sostenuti eccederanno con tutta probabilità la somma pecuniaria che gli era stato offerto di pagare per evitare ad origine il processo. L'esempio è tratto da BERTEL, *Verfassungswidrige Geldbußen*, in *Journal für Strafrecht*, 2005, 4, 109. Sul tema cfr. anche PERNTHALER, RANACHER, *Der verfassungswidrige "Ablasshandel". Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Diversion der Zahlung eines Geldbetrages durch den Staatsanwalt*, in *Juristische Blätter*, 5, 2002.

¹⁰⁹ BERTEL, VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 102. Al momento non risultano indagini empiriche a riguardo.

¹¹⁰ Ritieni in tal senso che la disciplina austriaca sia equilibrata ed efficace SUMMERER, *"Diversion" e*

tenuità e alla diversione permette infatti di tenere al di fuori del perimetro penale quegli episodi che presentano una limitata offensività in concreto, dando così più risoluta attuazione ai principi di proporzionalità ed *extrema ratio* della risposta penale. La disciplina austriaca costituisce inoltre coerente espressione delle esigenze di prevenzione generale e speciale caratteristiche di ogni ordinamento penale. L'esplicito consenso che l'indagato o imputato ha da fornire al procedimento di diversione, e ai suoi oneri, manifesta infatti, di regola, una più convinta riadesione ai valori violati, presentando così una notevole elevata efficacia specialpreventiva. A conferma di ciò stanno - pur con i distinguo espressi - i dati empirici rilevati con riguardo alla recidiva dei soggetti che hanno beneficiato di una diversione, notevolmente inferiore rispetto a casistiche simili ove sia intervenuta una condanna. Evidente è infine la maggiore rapidità del procedimento penale che il ricorso a tali istituti permette. Una celere conclusione è infatti chiaro interesse sia della persona oggetto del procedimento, sia della collettività in cui la presunta condotta illecita ha avuto luogo, sia, infine, e in termini anche genuinamente economici, dello Stato.