

IL RUOLO DEL CONSENSO NELLA MESSA ALLA PROVA 'MINORILE'

di Valeria Bosco

(Ricercatrice di diritto processuale penale presso l'Università di Macerata)

SOMMARIO: 1. Il ruolo del consenso dell'imputato nella messa alla prova. - 2. Il fondamento della messa alla prova. - 3. Il dettato normativo. - 4. I presupposti. - 5. La necessità del consenso. - 6. La recente giurisprudenza della Corte di cassazione.

1. La necessità del consenso dell'imputato, quale condizione per poter procedere alla sospensione con messa alla prova del processo a carico di imputati minorenni, rappresenta ancora oggi una questione non completamente risolta. Si tratta, infatti, di un aspetto su cui tutti sono in linea di massima formalmente d'accordo¹, ma che poi in concreto, non ricevendo alcuna disciplina all'interno dell'ambigua formulazione dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, rischia di essere bypassato o, comunque, non considerato quale punto centrale dell'istituto di *probation* processuale.

Come spesso accade in situazioni contraddistinte dalla laconicità del testo normativo, anche in relazione al tema qui in esame, la giurisprudenza ha trovato modo di colmare progressivamente le incertezze via via manifestatesi nella prassi applicativa. Sul punto, da tempo - e coerentemente - il Supremo Collegio ha sottolineato la necessità che il provvedimento di sospensione venga preceduto da un contraddittorio

¹ C. cost., 14.4.1995 n. 125, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 co. 4 d.P.R. n. 448/1988, dopo aver incidentalmente sottolineato l'«indubbio "peso" che - in considerazione della natura e delle modalità di attuazione della misura - deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine all'adozione del provvedimento» conclude con il ritenere che il legislatore non avrebbe «condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore». Osservazioni recentemente condivise anche da C. cost., 6.7.2020 n. 139, secondo la quale la finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile avrebbe indotto il legislatore a non subordinarla «al consenso del minore, né a quello del pubblico ministero, viceversa affidandola unicamente alla discrezionalità del giudice». In senso conforme v. Cass. 5.12.2017 n. 16358, B., in *CEDCass*, m. 272707. In dottrina, E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano 2003, 69 e 73, sostiene che «dal punto di vista sostanziale, non si potrebbe trarre nessuna possibilità di giovamento da una misura ad alto contenuto partecipativo, qual è appunto, il *probation*, se il soggetto, nei cui riguardi è applicata, non ne accetti il contenuto e il programma», tuttavia bisogna chiedersi «se sia davvero necessario il consenso del minore di età perché l'istituto della messa alla prova possa assolvere alle finalità sue proprie»; R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*³, Padova 2007, 73, precisa che «escludere la prestazione del consenso del minore come condizione formale di ammissibilità della sospensione con messa alla prova non significa negare al consenso un'insostituibile funzione pratica».

pieno, tanto da ricollegare un'invalidità alla sua mancanza. L'assenza del confronto dialettico è stata difatti analizzata sia sotto il profilo del deficit di intervento dell'imputato e della partecipazione del pubblico ministero², sia in relazione alla violazione dei poteri di iniziativa dell'organo inquirente nell'esercizio, o quanto meno nella prosecuzione dell'azione penale³, riconoscendosi, appunto, in tutte queste situazioni una nullità di ordine generale.

In tale contesto, si pone, però, anche un recente orientamento della Corte di cassazione⁴ che, radicando nella peculiarità del caso concreto l'esigenza di ulteriori garanzie, pare essersi spinto oltre. All'interno della confermata, ed anzi accresciuta, centralità del contraddittorio, sembra infatti ravvisarsi la ferma volontà di incidere in maniera profonda e sostanziale sul ruolo e sulla dinamica del consenso, dato che, per la prima volta, viene dichiarato passaggio fondamentale non solo la manifestazione di volontà dell'imputato, ma anche la necessità che l'impegno del minore, richiesto dal programma della messa alla prova, venga assunto all'interno del contesto giurisdizionale con esplicitazione formale davanti al giudice⁵.

2. Fra gli istituti di favore tipici del processo minorile, la messa alla prova è senza dubbio quello più innovativo e qualificante, realizzando le finalità della giustizia minorile⁶, con un inconfutabile valore aggiunto rispetto sia al perdono giudiziale, sia alla non punibilità per irrilevanza del fatto⁷. Definita il fulcro di tutta la riforma penale

² Cass. 20.1.2003 n. 5778, p.m. in proc. Mancinelli, in *CEDCass*, m. 223552.

³ Cass. 23.9.1997 n. 9790, p.m. in proc. Mattiolo, in *CEDCass*, m. 208838; nella stessa direzione, Cass. 15.1.2004 n. 7576, p.m. in proc. Pantano, in *CEDCass*, m. 227940, ritiene ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con la quale il giudice dispone la sospensione del processo senza la preventiva audizione delle parti. In senso contrario Cass. 1.10.1993 n. 3032, p.m. in proc. Romeo, in *CEDCass*, m. 195545.

⁴ Cass. 28.1.2020 n. 4926, P., in *CEDCass*, m. 278442.

⁵ Cass. 28.1.2020 n. 4926, cit., dichiara, infatti, che la generica adesione data precedentemente non può essere ritenuta sufficiente ai fini della messa alla prova, considerato che l'imputato, nel caso concreto, non essendo presente all'udienza preliminare in cui era stato depositato il progetto di *probation*, non aveva potuto interloquire con riferimento alle prescrizioni in esso contenute, né assumere il conseguente impegno dinanzi al giudice. In una situazione del genere - ribadisce ancora la Corte - non possono sussistere le condizioni per attivare la misura in oggetto. Tra l'altro, tale violazione andrebbe ad influire anche sull'effettivo periodo a disposizione dell'imputato per lo svolgimento del programma, non essendovi una data certa cui ancorare l'effettiva conoscenza del provvedimento. Al fine di informare l'imputato dell'ordinanza di ammissione alla messa alla prova e del contenuto del percorso, infatti, il tribunale non può delegare, come avvenuto nel caso specifico, i servizi minorili, organi questi aventi solo le competenze amministrative di cui all'art. 27 d. lgs n. 272/1989 e ai quali non sono riconosciuti compiti e funzioni di notifica processuale ex art. 148 Cpp.

⁶ La messa alla prova costituisce, infatti, strumento di attuazione degli obiettivi tipici del sistema di giustizia minorile, discendenti dai precetti costituzionali e internazionali, quali la rapida uscita dal circuito penale, la tempestività dell'intervento istituzionale, la valorizzazione delle esigenze educative e risocializzanti, l'esigenza di fornire al minore risposte individualizzate onde favorire il suo processo di recupero e cambiamento, evitando gli effetti etichettanti del processo penale. Sottolinea al riguardo, C. cost., 12.7.2000 n. 272, che il modello di giustizia minorile è «sorretto dalla prevalente finalità di recupero del minore e di tutela della sua personalità, nonché da obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi, richiamati dal preambolo dell'art. 3 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, e dagli artt. 1 e 9 del d.P.R. n. 448 del 1988».

⁷ G. Sambuco, *Processo penale minorile*, in *DigDPen*, *Aggiornamento V*, Torino 2010, 666.

processuale minorile, spostando, coerentemente con l'impostazione generale del rito minorile, l'attenzione dal fatto alla personalità del suo autore⁸, la messa alla prova costituisce significativo strumento di costruzione dell'autostima e della responsabilizzazione per l'imputato minorenni. Grazie ad esso, infatti, la finalità educativa dell'intervento penale che riguarda il reo-minore raggiunge la sua massima espressione⁹. Una finalità, che, oltretutto, si riesce altresì a conseguire in una moltitudine di casi, grazie all'amplessissimo spettro applicativo che si può ravvisare in tale istituto, utilizzabile per qualsiasi tipologia di illecito¹⁰, indipendentemente da eventuali precedenti dell'imputato e senza limiti di pena¹¹. Tra i presupposti infatti non vi è la gravità del reato, nel senso che la legge non limita la concessione del beneficio alle fattispecie minori, ben potendo essere impiegata anche nei casi in cui il reato commesso preveda una pena molto grave, sino all'ergastolo, come indica l'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, benché la pena perpetua sia inapplicabile ai minori¹². Allo stesso modo non può costituire elemento ostativo la circostanza che si tratti di soggetto già condannato o perdonato, e non è previsto neanche un numero massimo di concessioni¹³. Il beneficio prescinde infatti dai precedenti penali e giudiziari, che impediscono l'applicazione del perdono giudiziale, dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono invece richieste per la pronuncia di irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto¹⁴.

In un sistema in cui gli obiettivi sono quelli della protezione della gioventù e del recupero del reo, ex artt. 31 co. 2 e 27 co. 3 Cost.¹⁵, la misura della messa alla prova scaturisce dalla consapevolezza che la risocializzazione del soggetto «avviene più facilmente nel suo ambiente di vita quotidiana che non nella istituzione chiusa del

⁸ P. Giannino - P. Avallone, *I servizi di assistenza ai minori*, Padova 2000, 137.

⁹ A. Pulvirenti, *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *RP* 1996, 299 s.

¹⁰ C. Cost. 139/2020, soffermandosi sulle differenze rispetto all'omologa misura per l'adulto, sottolinea che «la messa alla prova del minore è prevista per tutti i reati, anche quelli di gravità massima, rispetto ai quali l'ordinamento sospende il processo in vista dell'eventuale estinzione del reato per finalità puramente rieducative».

¹¹ V. C. Cesari, *Art. 28. Sospensione del processo e messa alla prova*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*⁴, a cura di G. Giostra, Milano 2016, 469.

¹² Sul punto C. Cesari, *Le strategie di diversion*, in *Procedura penale minorile*³, a cura di M. Bargis, Torino 2019, 225; A. Ciavola, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*³, a cura di E. Zappalà, Torino 2019, 190, al riguardo rileva che la gravità del reato, pur non producendo alcuna preclusione in astratto sull'ammissibilità della messa alla prova, oltre ad incidere sul profilo della sua durata, costituisce nondimeno «uno degli elementi di valutazione della personalità del minore e può in concreto precludere la concessione della misura, evidenziando la non idoneità dell'istituto al conseguimento del proprio scopo di rieducazione del minore»; in giurisprudenza v. Cass. 9.4.2003 n. 19532, De Nardo e altro, in *CEDCass*, m. 224810; Cass. 12.7.2019 n. 37018, A., in *CEDCass*, m. 276940.

¹³ La messa alla prova, infatti, può essere concessa più volte senza alcun limite, cfr. C. Cesari, *Art. 28*, cit., 480; A. Ciavola, *op. cit.*, 194; M. Colamussi, *La messa alla prova*, Verona 2010, 175.

¹⁴ Cass. 7.4.1997 n. 1600, p.m. in proc. Porru, in *CEDCass*, m. 208249; C. Cesari, *Art. 28*, cit., 473 s.

¹⁵ Sul punto v. C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 219; G. di Paolo, *Riflessioni in tema di probation minorile*, in *CP* 1992, 2866.

carcere»¹⁶. In quest'ultimo caso, infatti, si finirebbe per stimolare il minore in modo negativo, con il rischio di spingerlo definitivamente sulla via della devianza¹⁷. La rinuncia alla punizione risulta dunque assai più utile, anche dal punto di vista della difesa della società¹⁸, rispetto alla rigorosa applicazione della pena.

Ci si trova, infatti, in un momento particolare, quello dell'età evolutiva, una fase di transizione in cui i comportamenti sono spesso determinati da crisi e sbandamenti transitori, in cui l'illecito nella maggior parte dei casi non costituisce espressione di una scelta di vita¹⁹, ma manifestazione di un disagio temporaneo dell'adolescente, disposto comunque ad orientare positivamente il proprio percorso esistenziale. Generalmente, infatti, la personalità di un ragazzo, non ancora strutturata²⁰, è facilmente malleabile, tanto da poter essere, se supportata da opportuni interventi correttivi di risocializzazione e di sostegno, riallineata sulla via della legalità²¹. A tale fine lo strumento congegnato è quello della rinuncia da parte dello Stato alla prosecuzione del processo²², in cambio dell'impegno positivo dell'imputato al cambiamento²³. Ciò che si chiede al minore non è solo di astenersi dalla commissione di altri reati, ma anche di seguire un determinato progetto di reintegrazione²⁴, un percorso di responsabilizzazione e di crescita attraverso l'adempimento di determinati obblighi finalizzati appunto al suo recupero²⁵ e a un costruttivo reinserimento nel contesto sociale²⁶. Lo scambio alla base del *probation* - pretesa punitiva e irrogazione

¹⁶ P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 137; P. Giannino, *Il processo penale minorile*², Padova 1997, 232.

¹⁷ Cfr. L. Pomodoro, *Minore imputato e "messa alla prova"*, in *DPP* 1995, 265.

¹⁸ S. Di Nuovo - G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*², Milano 2005, 338; v. anche A. Ciavola, *op. cit.*, 189; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino 2014, 22.

¹⁹ Essenziale è la valutazione se il fatto contestato sia da considerare un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio prognostico positivo sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati: Cass. 4.11.2003 n. 2879, Modaffari, in *CEDCass*, m. 228149; nello stesso senso anche, Cass. 7.12.2012 n. 14035, G. e altro, in *CEDCass*, m. 256772, secondo cui la concessione del beneficio della sospensione del processo con messa alla prova presuppone un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del minore, per la cui formulazione non può prescindere dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere.

²⁰ Cass. 8.7.1999 n. 10962, Cherchi, in *CEDCass*, m. 214373, evidenza, appunto, che il soggetto, in età adolescenziale, non presenta di regola strutture psicologiche definitivamente orientate.

²¹ Diversamente, di fronte ad un imputato che non comprende la gravità degli atti commessi e che ha difficoltà ad affrontare responsabilmente un percorso di riflessione ed autocritica la messa alla prova non sarebbe possibile: cfr. Cass. 12.7.2019 n. 37018, cit.; v. anche Cass. 9.4.2003 n. 19532, cit.

²² E, dunque, alla sua pretesa punitiva, all'applicazione della sanzione e, ancor prima, alla pronuncia della sentenza di condanna.

²³ Cass. 8.11.2012 n. 46366, p.m. in proc. C., in *CEDCass*, m. 255067.

²⁴ A. Ciavola, *op. cit.*, 188; C. Losana, sub art. 28, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, a cura di M. Chiavario, I, Torino 1994, 293 s.; A. Pulvirenti, *Sulla consensualità della messa alla prova*, cit., 299 s.

²⁵ D. Chinnici- M. Lo Cascio- R. Scimeca, *La sospensione del processo e messa alla prova: applicazione del distretto di Corte di Appello di Palermo*, in *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, a cura di A. Mestitz, Milano 1997, 257; F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*³, Milano 2002, 407.

²⁶ Cass. 23.2.2006 n. 7781, Amura, in *CEDCass*, m. 233719.

della pena contro impegno e dimostrazione di cambiamento - implica necessariamente un soggetto disposto ad accettare tale meccanismo²⁷. Il percorso che il minore si accinge ad intraprendere rappresenta quindi una vera e propria sfida. Le prescrizioni, gli impegni e gli obblighi, che sono alla base del progetto, presuppongono piena adesione, collaborazione e totale coinvolgimento del protagonista²⁸. L'essenza dell'istituto, non può, dunque, prescindere dalla sua volontà²⁹. Diversamente, la messa alla prova sarebbe destinata a sicuro fallimento³⁰ con conseguente perdita di tempo, di risorse e di energie.

3. Il consenso del minore, che emerge come tratto essenziale in maniera inequivoca dalla struttura e dagli obiettivi dell'istituto, non riceve tuttavia un'adeguata disciplina nel dettato normativo³¹. E questo potrebbe far propendere, così come sostenuto dalla Corte costituzionale³², per l'esclusione della sua necessità. Secondo la Consulta, infatti, il legislatore non avrebbe condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore, ma avrebbe «rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo, al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata "sentite le parti"». L'applicazione del principio della tassatività delle nullità,

²⁷ Cass. 8.7.1999 n. 10962, cit., sottolinea infatti come il giudizio prognostico non possa prescindere da una valutazione probabilistica fondata su un minimo di apertura del soggetto.

²⁸ Al riguardo C. Cesari, *I presupposti del probation minorile: dai rischi di un potere arbitrario ai possibili canoni di una discrezionalità temperata*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano 2004, 165, evidenzia che «il consenso dovrebbe essere adottato come fattore condizionante lo sbocco della messa alla prova, risultando essenziale non solo per il successo di un programma rieducativo che non può prescindere dall'adesione psicologica di chi deve proficuamente seguirlo, ma anche per la pronuncia che incanala la vicenda processuale su un percorso alternativo, sulla premessa dell'avvenuto accertamento della responsabilità». V. anche P. Giannino, *op. cit.*, 237.

²⁹ C. Cesari, *Art. 28*, cit., 478; v. anche M.G. Basco - S. De Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino 1997, 29 s.; M. Bouchard, *Processo penale minorile*, in *DigDPen*, X, Torino 1995, 153; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 111 s.; S. Di Nuovo - G. Grasso, *op. cit.*, 362 s.; G. Di Paolo, *op. cit.*, 2868; G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino 2010, 420; F. Palomba, *op. cit.*, 433 ss.; A. Ghiara, *La «messa alla prova» nella legge processuale minorile*, in *GP* 1991, III, 88; C. Pansini, *Impugnabilità delle ordinanze in tema di sospensione del processo con messa alla prova*, in *AP* 1994, 57; A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. Pennisi, Milano 2012, 392; N. Triggiani, *op. cit.*, 37, evidenzia che non avrebbe senso sottoporre alla prova chi dovesse dissentire dal progetto o addirittura dalla misura.

³⁰ V. C. Cesari, *Le strategie di diversione*, cit., 225, secondo la quale «nessuna strategia risocializzante ha molte speranze di successo a fronte di un minore che non intenda esserne partecipe, limitandosi a subirla»; dello stesso avviso D. Chinnici - M. Lo Cascio - R. Scimeca, *op. cit.*, 263; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 112; P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 139; F. Mazza Galanti - I. Patrone, *La messa in prova nel procedimento penale minorile*, in *DDP* 1993, 161; L. Scomparin, *Sospensione del processo minorile e «messa alla prova: limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *LP* 1995, 513. In questo senso, in relazione all'analogia misura per gli adulti, v. anche V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017, 144 s.

³¹ A. Ciavola, *op. cit.*, 195; G. Dosi, *op. cit.*, 420; A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi del probation minorile*, in *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, cit., 192.

³² C. cost. 125/1995.

tra l'altro, secondo un orientamento della Cassazione, condurrebbe ad escludere, in assenza di tale presupposto, l'invalidità della sospensione del processo e della contestuale messa alla prova dell'imputato. Oltretutto, procedere senza avere prima sentito le parti non apparirebbe in contrasto con l'interesse del minore, in quanto il legislatore nell'introdurre la sospensione del processo, dispone il programma per favorire il recupero del soggetto e, al riguardo, la presenza all'udienza del difensore e dell'assistente sociale sarebbe sufficiente ad assicurare che la decisione non determini alcun danno al minore che, altrimenti avrebbe dovuto essere condannato³³. Allo stesso modo, secondo altra giurisprudenza, l'istituto previsto dall'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 comporterebbe, sul piano strutturale, lo svolgimento di attività e l'assoggettamento a disposizioni che prescinderebbero dalle richieste o dal consenso del minore³⁴.

L'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 si limita a prevedere che la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo venga rimessa all'organo giurisdizionale «quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova»³⁵, prescrivendo soltanto che tale provvedimento sia adottato «sentite le parti»³⁶. La funzione del contraddittorio³⁷, oltre ad assicurare l'acquisizione del parere del pubblico ministero in ordine all'opportunità di sospendere il processo ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, garantisce, in particolare all'imputato, la possibilità di

³³ Cass. 1.10.1993 n. 3032, cit.; analogamente secondo E. Lanza, *op. cit.*, 76, la soluzione «per un verso è comunque vantaggiosa per il minore, che evita nell'immediato l'attribuzione di responsabilità, per l'altro, è conforme all'impianto legislativo e alla sua *ratio*».

³⁴ Così Cass. 5.12.2017 n. 16358, cit.; nello stesso senso T. min Firenze, Ufficio G.i.p., 25.2.2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.5.2019, con nota di M. Pisati.

³⁵ La disciplina è stata da più parti criticata per l'eccessiva indeterminatezza e genericità che comporterebbero le più diverse soggettive interpretazioni: G. Fumu, *Le difficili scelte del legislatore minorile tra accertamento, educazione e sanzione*, in *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, coord. da G. Fumu, Padova 1991, p. 78 ss.; sul punto C. Cesari, *Le strategie di diversione*, cit., 222, descrive i criteri della misura come «pericolosamente indefiniti»; per A. Ciavola, *op. cit.*, 189, «limite dell'istituto è la laconicità e l'ambiguità della disciplina che finisce con il consegnare al giudice un potere ampiamente discrezionale, confinante con l'arbitrio»; v. anche M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 92; M. G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, V, *Diritto e procedura penale minorile*², a cura di E. Palermo Fabris - A. Presutti, Milano 2011, 611; V. Maffeo, *op. cit.*, 191; L. Pepino, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *DigDPen*, XIII, Torino, 1997, 483; V. Patanè, *L'individualizzazione del processo penale minorile: confronto con il sistema inglese*, Milano 1999, 171; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*²⁰, Milano 2019, 906.

³⁶ L'espressione va interpretata in senso ampio, con riferimento non solo alle parti essenziali del processo, ma anche agli altri soggetti processuali coinvolti nella messa alla prova: in particolare la consultazione dei servizi minorili, il parere dei genitori e dell'esercente la responsabilità genitoriale e l'audizione della persona offesa. Cfr. M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 96.

³⁷ C. Losana, *op. cit.*, 297, sottolinea al riguardo il ruolo delle parti che devono essere interpellate e messe nella condizione di poter eventualmente esercitare il contraddittorio sull'ipotesi specifica della messa alla prova, diversamente, senza questa specifica discussione fra i protagonisti del processo, il giudice non potrebbe disporre la prova; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 96, evidenzia che il principio del contraddittorio «non assolve solo una funzione di garanzia processuale, nel senso di rimettere alla dialettica tra le parti la decisione sulla messa alla prova disposta in un processo di stampa accusatorio, ma tutela la funzione educativa del processo minorile, favorendo al tempo stesso il percorso di mediazione penale». V. anche L. Caraceni, *Processo penale minorile*, in *ED, Aggiornamento IV*, Milano 2000, 1038 s.

interloquire, eventualmente prospettando soluzioni a sé più favorevoli, diverse dalla messa alla prova, a partire dalle decisioni di merito che escludono la responsabilità per il reato ascritto. Il confronto dialettico può, inoltre, costituire lo strumento per favorire aggiustamenti del programma proposto dal servizio sociale, in ragione delle specifiche esigenze del minore, che questi ha diritto di rappresentare prima dell'adesione³⁸.

Tale inciso³⁹ non pare però decisivo ai fini della necessità del consenso dell'imputato⁴⁰. L'audizione delle parti è, infatti, finalizzata, come sottolineato, in prima battuta, alla verifica della possibile applicazione di misure più favorevoli al minore, e, successivamente, all'opportunità in generale di un provvedimento di messa alla prova e, in particolare, alle modalità del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili⁴¹. Prima di decidere, infatti, l'autorità giudicante dovrà procedere all'ascolto delle parti in modo da farsi un'opinione più completa della situazione⁴². Un'attività, dunque, ritenuta utile, ma non vincolante ai fini del convincimento del giudice⁴³.

Indubbiamente la decisione in merito alla misura di cui all'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 non è facile. All'organo giurisdizionale compete un giudizio prognostico riguardante la fattibilità della messa alla prova sulla base della personalità del minore, verificando se l'attivazione di un programma di carattere rieducativo possa avere una ricaduta positiva andando ad incidere sulla responsabilizzazione, sullo sviluppo, sul processo di crescita e sulla maturazione dell'imputato⁴⁴. La domanda su cui il giudice deve interrogarsi, e alla quale deve dare una risposta, è se, in concreto, sussista la possibilità di un cambiamento effettivo che consenta una netta dissociazione del minore dalla scelta deviante⁴⁵.

³⁸ C. Cesari, *Art. 28, cit.*, 486 s.

³⁹ Secondo alcuna dottrina l'inciso sarebbe, invece, l'indice normativo da cui si dovrebbe desumere la necessità del consenso, v. G. di Paolo, *op. cit.*, 2868.

⁴⁰ Così anche V. Patanè, *op. cit.*, 164 s., la quale dopo aver evidenziato che la «necessità di una formale richiesta del consenso non pare possa legittimamente desumersi da un'interpretazione estensiva del tenore letterale dell'art. 28», ritiene che «un'interpretazione consona più allo spirito della norma, induce però a ritenere indispensabile quantomeno una verifica dell'adesione del minore alla misura e, più segnatamente, ai contenuti del progetto». Diversamente, E. Lanza, *op. cit.*, 70, afferma che «il riferimento al "sentire le parti" dimostra, piuttosto che la necessità del consenso - che, laddove rilevante, è stato espressamente richiesto, come nel patteggiamento della pena -, la sua non necessità formale».

⁴¹ A. Ciavola, *op. cit.*, 198; A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti, S. Vittorini Giuliano, Bologna 2014, 612.

⁴² E. Lanza, *op. cit.*, 70.

⁴³ M. Colamussi, *Processo penale minorile e servizi sociali nel distretto di Corte di appello di Bari. Criteri interpretativi e caratteristiche applicative della "irrilevanza del fatto" e della "messa alla prova (artt. 27 e 28 d.P.R. 448/88)*, in *Processo penale minorile: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova. Criteri interpretativi e prassi applicative*, Bologna 1997, 128.

⁴⁴ V. in giurisprudenza Cass. 12.7.2019 n. 37018, cit., secondo cui nell'ambito del giudizio minorile, l'ammissione alla messa alla prova dell'imputato previa sospensione del processo è subordinata al vaglio discrezionale del giudice di merito circa la possibilità di rieducazione e di inserimento del soggetto nella vita sociale; in senso conforme Cass. 5.3.2013 n. 13370, R., in *CEDCass*, m. 255267.

⁴⁵ M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 93, rileva che l'autorità giudicante potrebbe escludere la messa alla prova in due situazioni contrapposte, vale a dire quando la scelta deviante appaia talmente radicata, o il contesto così disastroso, da non lasciare spazio ad alcuna possibilità di resipiscenza del minore o, ancora, quando dalla

A tal fine, il giudice può essere supportato dalle attività e dal confronto che provengono da altri soggetti⁴⁶, non ultime, appunto, le parti. L'opportunità di un provvedimento di messa alla prova costituisce, dunque, il risultato di una riflessione comune, in cui la combinazione delle diverse professionalità, delle esperienze, delle conoscenze e delle competenze di ciascuno dei soggetti processuali coinvolti, si intrecciano conducendo ad un'analisi attenta e completa dell'istituto⁴⁷.

4. Questo in sintesi lo scenario; da qui l'interrogativo se il requisito del consenso non possa essere comunque desunto dall'interpretazione del testo normativo⁴⁸.

Dall'esame della disciplina di cui all'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, in effetti, emergono altre condizioni, altri accertamenti che devono ritenersi imprescindibili proprio allo scopo dell'ammissibilità della messa alla prova. Il fatto che manchi qualsiasi riferimento espresso ai presupposti applicativi dell'istituto non vuol dire che questi non ci siano. Tra l'altro potrebbe essere proprio per favorire la massima apertura verso tale istituto che il legislatore avrebbe delineato questa misura, senza soffermarsi a disciplinarne nel dettaglio gli aspetti operativi, limitandosi invece a regolare una cornice all'interno della quale il giudice può muoversi con un'ampia discrezionalità⁴⁹, ancorché supportata da adeguata motivazione⁵⁰. Tali presupposti dovranno pertanto essere rinvenuti tra le pieghe del sistema, riempiendo così il vuoto normativo, in modo da conciliare le opposte esigenze della certezza del diritto e della flessibilità applicativa

personalità dell'imputato, dall'entità del fatto di reato, dalle circostanze in cui si è verificato, si evinca l'estraneità della condotta antiggiuridica dal *modus vivendi* del minore, tale da far ritenere inutile l'attivazione di un programma di carattere rieducativo e quindi più proficuo optare per altre più celeri forme di proscioglimento.

⁴⁶ Soggetti quali giudici onorari, servizi sociali ministeriali e servizi territoriali che svolgono un ruolo originale specifico nell'ambito del processo penale minorile, v. M. Colamussi, *Processo penale minorile e servizi sociali*, cit., 133.

⁴⁷ M. Colamussi, *Processo penale minorile e servizi sociali*, cit., 133; per A. Mestitz - M. Bibbiani, *Sospensione del processo e messa alla prova nell'esperienza del tribunale per i minorenni di Milano*, in *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, cit., 225, sarebbe meglio parlare «di iter e non di decisione perché se la decisione giurisdizionale è una sola, essa è tuttavia il prodotto di altre scelte e decisioni che la precedono e che derivano dalle interpretazioni, interazioni e negoziazioni tra i diversi soggetti e agenzie coinvolti nel complesso sistema della giustizia minorile».

⁴⁸ In passato la risposta positiva era stata spesso ricavata dalla lettura del co. 4 dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, laddove si prevedeva l'impossibilità di disporre la sospensione nell'ipotesi in cui l'imputato avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato. Sul punto v. A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 193, secondo cui risultava comunque difficile individuare la ragionevolezza di un tale meccanismo processuale indiretto, «che invece di affermare semplicemente l'obbligatorietà del consenso, da una parte garantirebbe l'imputato proteggendo la sua autonomia decisionale, ma dall'altra lo "ricatterebbe" imponendogli il sacrificio delle garanzie proprie del dibattimento o dell'udienza preliminare». Critiche condivise anche da E. Lanza, *op. cit.*, 72, dell'avviso che, comunque, la formula della disposizione avrebbe dimostrato «solo la vincolatività del dissenso qualificato non la necessità del consenso».

⁴⁹ D'altra parte, secondo M. Colamussi, *Processo penale minorile e servizi sociali*, cit., 128 s., sembra opportuno ricordare «che l'intera impostazione della disciplina sul nuovo processo penale minorile è improntata nel senso della flessibilità, dell'ampia discrezionalità, dell'adeguatezza alle esigenze educative del minore».

⁵⁰ Motivazione che fra l'altro non può consistere nel puro e semplice rinvio alle relazioni dei servizi sociali, v. Cass. 17.10.2017 n. 10482, p.m. in proc. G., in *CEDCass*, m. 272868.

insita in tutti i meccanismi giudiziari che si rivolgono al soggetto minorenn⁵¹.

Per poter attivare il *probation*, e, dunque, ai fini della prognosi positiva della messa alla prova, il giudice dovrà non solo verificare che il minore abbia una personalità in fase evolutiva le cui caratteristiche consentano un'aspettativa di successo⁵², ma dovrà anche precedentemente accertare la sussistenza del fatto penalmente rilevante, la responsabilità dell'imputato in ordine al medesimo⁵³, oltre alla capacità di intendere e di volere e alla relativa valutazione dell'imputabilità⁵⁴. Ebbene tutte queste altre valutazioni si legano inscindibilmente a quello che rappresenta l'asse portante della messa alla prova ossia la manifestazione di volontà dell'imputato.

L'indagine sulla capacità di intendere e di volere va considerata premessa implicita e prioritaria⁵⁵. In assenza di tale condizione il soggetto sarebbe non imputabile e dovrebbe, pertanto, essere prosciolto ai sensi dell'art. 26 d.P.R. n. 448/1988. Trattandosi di esito più favorevole, infatti, la sua possibile applicazione costituisce passaggio pregiudiziale nell'*iter* di ammissibilità della misura, ponendosi come prevalente rispetto alla dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova.

La valutazione della maturità e dello sviluppo intellettuale si rende comunque indispensabile anche per poter proficuamente avviare il meccanismo di *probation*, dato che al minore incapace di intendere e di volere non può essere attribuita la consapevolezza necessaria per aderire alla prova.

A legare tale requisito alla manifestazione di volontà è la natura consensuale della messa alla prova, nel senso che nel momento in cui si richiede un impegno attivo da parte del minore risulta indispensabile avere di fronte un interlocutore che comprenda il significato della misura in generale e, in particolare, sia in grado di accettare facendolo proprio il progetto di intervento che si impegna a rispettare⁵⁶.

⁵¹ A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 187.

⁵² Sul punto, si rinvia a C. Cesari, *Le strategie di diversione*, cit., 223. In giurisprudenza Cass. 12.7.2019 n. 37018, cit., precisa che l'ammissione alla messa alla prova dell'imputato è espressione di un giudizio prognostico condotto sulla scorta di molteplici indicatori, inerenti sia il reato commesso sia la personalità del reo, da lui manifestati anche in epoca successiva al fatto incriminato; così anche Cass. 5.3.2013 n. 13370, cit.

⁵³ La sospensione del processo con messa alla prova dovrebbe, pertanto, escludersi ogni qual volta sussistano le condizioni per emanare un provvedimento di archiviazione o emergano determinate cause di non punibilità ex art. 129 Cpp ovvero, ancora, siano applicabili altre formule di proscioglimento come il perdono giudiziale e l'irrelevanza del fatto, cfr. M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 105.

⁵⁴ C. Cesari, *Art. 28*, cit., 475 s.; M. Colamussi, *Processo penale minorile e servizi sociali*, cit., 242; C. Losana, *op. cit.*, 297 s.

⁵⁵ M. Bouchard, *op. cit.*, 152; A. Ciavola, *op. cit.*, 193; S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione rischi di involuzione*, Padova 2005, 259 ss.

⁵⁶ V., M. Colamussi, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la messa alla prova. Profili controversi della disciplina*, in *CP* 1996, 2813; nella stessa direzione anche C. Cesari, *Art. 28*, cit., 475 s.; A.C. Moro, *op. cit.*, 611; diversamente per E. Lanza, *op. cit.*, 76, la manifestazione del consenso contrasterebbe in generale, con la ritenuta insufficiente capacità del giovane di tutelare pienamente i propri interessi e, nello specifico, «con l'assenza della piena maturità dell'imputato, che, invece, se esistente, precluderebbe ovviamente la via del *probation*».

«Solo un soggetto consapevole degli impegni di cui si fa carico e pronto ad assumersene la responsabilità, conscio delle conseguenze, può ritenersi idoneo ad affrontare costruttivamente il relativo percorso»⁵⁷. Non bisogna d'altro canto dimenticare che il ruolo attivo, di assoluto protagonista, che assume il minore nella messa alla prova, non sarebbe possibile in una situazione di accertata incapacità⁵⁸.

L'accertamento della responsabilità penale del minore⁵⁹ è l'altro passo obbligatorio ai fini della messa alla prova⁶⁰. Anche se non si applicano misure sanzionatorie, le prescrizioni contenute nel progetto racchiudono, sia pure con intensità differente, un'indubbia carica afflittiva⁶¹, che, in quanto tale, non può non andare a colpire la libertà personale del soggetto⁶². Come pure lo stesso impegno di rispettare una condotta di vita guidata, dettagliatamente configurata in un progetto

⁵⁷ Così C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 224.

⁵⁸ P. Patrizi, *Tutela del minore processo di responsabilizzazione nella sospensione del processo e messa alla prova*, in *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, cit., 177, evidenzia che l'obiettivo centrale dell'istituto «viene ad essere rappresentato da una produzione di "responsabilità nel progetto", come espressione della capacità dell'imputato di assumere da protagonista il significato delle conseguenze sociali e giudiziarie del fatto di cui è imputato»; L. Pomodoro, *op. cit.*, 265, sottolinea che «il minore imputato diventa con la messa alla prova protagonista consapevole degli eventi anche negativi posti in essere e soprattutto del suo nuovo percorso di vita caratterizzato da elaborazione del male compiuto e responsabilità del suo futuro».

⁵⁹ Accanto a questo presupposto logico giuridico, un filone della giurisprudenza si è spinta oltre, richiedendo ai fini della concedibilità del beneficio della sospensione del processo e messa alla prova la confessione o la parziale ammissione dell'addebito da parte del minore che rappresenterebbe un elemento sintomatico da cui desumerne il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione e sull'evoluzione della personalità verso un costruttivo reinserimento sociale (in questa direzione Cass. 6.6.2008 n. 27754, A., in *CEDCass*, m. 240825; Cass. 9.5.2017 n. 40512, M., in *CEDCass*, m. 270982), o quanto meno «la rimediazione critica del passato e la disponibilità ad un costruttivo reinserimento, le quali, pur non esigendo la confessione degli addebiti, risultano incompatibili con la frontale negazione di ogni responsabilità per gli stessi» (Cass. 20.6.2014 n. 32125, D.R., in *CEDCass*, m. 262241; conf. Cass. 23.2.2006 n. 7781, cit.). Sulla questione v. M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 106.

⁶⁰ Sul punto C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 225, evidenzia che «si tratta di un'esigenza logica, innanzitutto, dal momento che sarebbe ingiustificato sottoporre ad un percorso di risocializzazione chi, non avendo commesso il reato, non ne abbia alcun bisogno»; v. anche M. Bouchard, *op. cit.*, 152; A. Ciavola, *op. cit.*, 192; P. Giannino, *op. cit.*, 235; S. Larizza, *op. cit.*, 260; C. Losana, *op. cit.*, 297 s.; A.C. Moro, *op. cit.*, 611; L. Scomparin, *op. cit.*, 511 s.; cfr. C. cost. 125/1995.

⁶¹ V. Cass. 5.12.2017 n. 16358, cit., secondo cui anche nella messa alla prova per i minorenni, come in quella per gli adulti, il programma di intervento può presentare in concreto significativi profili di afflittività. Ciò è evidente nelle situazioni in cui sia previsto l'inserimento comunitario con obbligo di permanenza all'interno della struttura, attesa la consistente limitazione della libertà di movimento che esso implica, ma ad analoga valutazione deve pervenirsi anche nel caso in cui le prescrizioni consistano in un obbligo di fare (o di non fare), atteso che anche in tali ipotesi è comunque configurabile una limitazione della libertà personale. V., però, recentemente, C. cost., 29.3.2019 n. 68, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 29 d.P.R. n. 448/1988 e 657-bis Cpp «nella parte in cui non prevedono che, in caso di esito negativo della messa alla prova di soggetto minorenni, il giudice determina la pena da eseguire tenuto conto della consistenza e della durata delle limitazioni patite e del comportamento tenuto dal minorenni durante il periodo di sottoposizione alla messa alla prova». Ad avviso della Corte le misure di messa alla prova si risolvono, quando applicate agli adulti, in un trattamento di pena anticipato, mentre, nel caso dei minorenni mancherebbe la connotazione sanzionatoria, in quanto «il senso delle prescrizioni inerenti al programma cui l'imputato deve essere sottoposto appare esclusivamente orientato a stimolare un percorso (ri)educativo del minore, finalizzato all'obiettivo ultimo di una evoluzione della sua personalità».

⁶² A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 189.

educativo, può essere ritenuto lesivo della libertà di autodeterminazione e di movimento del minore⁶³. Privazioni che risulterebbero mancanti di titolo giustificativo e, quindi, in contrasto con l'art. 13 Cost. se non fossero collegate alla verifica della colpevolezza⁶⁴.

Non solo, il fatto di attivare un percorso rieducativo «prima di aver accertato con sentenza definitiva la responsabilità penale dell'imputato mette l'istituto in tensione con la presunzione di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 Cost., giacché comporta il trattare l'imputato come se fosse colpevole prima ancora di averlo verificato in modo conclusivo»⁶⁵.

Il consenso si rende dunque necessario per poter giustificare sia la deroga all'art. 27 co. 2 Cost.⁶⁶, sia quella all'art. 111 co. 4 Cost., dato che la concessione del beneficio comporta una previa valutazione della responsabilità incidentale e sommaria⁶⁷ in quanto basata su di un materiale istruttorio di regola non formato in contraddittorio. Nella maggior parte dei casi, infatti, la sede del *probation* è costituita dall'udienza preliminare, una fase in cui l'accertamento risulta strutturalmente incompleto, provvisorio, e allo stato degli atti, fondato sul contenuto del fascicolo di indagine, ossia su elementi che non costituiscono prova, in quanto fisiologicamente sottratti al contraddittorio delle parti⁶⁸. L'adesione del minore diviene pertanto, in tale ambito, decisiva⁶⁹ e necessaria, ai sensi dell'art. 111 co. 5 Cost., proprio a causa del contesto e delle modalità con cui la verifica della responsabilità viene effettuata e, quindi, al fine

⁶³ Basti pensare alle prescrizioni che impongono la frequenza di corsi scolastici o professionali, percorsi terapeutici, attività di volontariato, e persino la residenza in specifici luoghi come le case-famiglia, in cui sia necessario il rispetto di determinati orari.

⁶⁴ A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 189 e 191 s., sottolinea che «il giudice non può applicare la messa alla prova se prima non è in grado di esprimere il proprio convincimento sulla responsabilità penale di chi alla prova deve essere sottoposto», ne consegue che nelle situazioni di dubbio il giudice dell'udienza preliminare dovrebbe consentire al minore di esercitare compiutamente il proprio diritto alla prova, rimandando ogni decisione sull'applicazione dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 al giudice del dibattimento.

⁶⁵ Così C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 221.

⁶⁶ V. al riguardo le osservazioni di C. cost. 27.4.2018 n. 91, che pur riferendosi alla messa alla prova per adulti possono essere senz'altro estese all'omologa misura prevista per i minori. In tale sede la Corte, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 *quater* Cpp sollevata in riferimento all'art. 27 co. 2 Cost., sottolinea che il trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna viene disposto su richiesta dell'imputato, che in tal modo esercita una sua facoltà difensiva beneficiando di una misura più vantaggiosa. Tuttavia, la Corte evidenzia come in questa struttura procedimentale non manchi una considerazione della responsabilità dell'imputato, sia pure in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio, nel caso di esito negativo della prova).

⁶⁷ In questo senso cfr. C. cost. 68/2019 e C. cost. 125/1995.

⁶⁸ C. Cesari, *Art. 28*, cit., 477; v. anche M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 172 s.

⁶⁹ Sottolinea C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 225, che la stessa presunzione di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 Cost. non potrebbe tollerare una totale elusione dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, «ossia una misura applicata sul postulato logico della colpevolezza, ma sulla sola base della volontà del minore imputato: varrebbe quanto dire che questi può disporre totalmente del principio costituzionale richiamato. Può, invece, solo disporne parzialmente, ossia attenuarlo, consentendo che l'accertamento sia provvisorio e allo stato degli atti, nonché fondato su una regola di giudizio non rigorosa come quella dibattimentale e che quindi non impone di verificare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio».

di poter prescindere dal metodo disciplinato dall'art. 111 co. 4 Cost. e pervenire alla definizione anticipata della vicenda processuale⁷⁰.

Conferma di ciò si rinviene nell'art. 32 co. 1 d.P.R. n. 448/1988, così come sostituito dalla l. 1.3.2001 n. 63, dove si prescrive al giudice dell'udienza preliminare di acquisire, prima dell'inizio della discussione, il consenso dell'imputato alla definizione del processo in quella stessa fase⁷¹. Prescrizione questa che, non contenendo alcuna indicazione in ordine al tipo di formulazione per la quale è necessaria, non può che riferirsi anche alla messa alla prova, il cui risultato finale, in caso di esito positivo del *probation*, è proprio quello di definire il processo con l'estinzione del reato⁷².

Il disposto dell'art. 32 d.P.R. n. 448/1988, sembrerebbe comunque non sufficiente ai fini della concessione del beneficio, dato che, in questo caso, il consenso dell'imputato deve precedere di molto il termine fissato che è quello dell'inizio della discussione, nel senso che deve collocarsi prima dell'accertamento del fatto, potendosi solo in tal modo utilizzare gli atti di indagine per la statuizione di responsabilità, quindi a monte della misura e del conseguente progetto⁷³.

Il consenso del minore, inoltre, necessario dal punto di vista della funzionalità dell'istituto⁷⁴ e passaggio obbligatorio anche per la verifica degli altri presupposti impliciti del *probation*, trova conferma nell'art. 27 co. 2 lett. b d.lgs. n. 272/1989, laddove si precisa che il progetto di intervento deve prevedere tra l'altro «gli impegni che il minorene assume»⁷⁵. Come già sottolineato, l'itinerario di cambiamento cui è vincolato l'imputato è imperniato sul progetto, in base al quale saranno regolate le future attività del soggetto. In esso dovranno infatti essere specificati in maniera chiara, concreta e precisa, gli obblighi richiesti al minore⁷⁶. E qui si legge, in modo univoco e determinante, la necessità del pieno consenso alla messa alla prova «quale condizione imprescindibile per ottenere da lui coinvolgimento ed adesione»⁷⁷. In altri

⁷⁰ A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 392; v. anche A. Ciavola, *op. cit.*, 196; C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 225; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 112 s.

⁷¹ A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit. 392; sul tema v. anche M. Costantini, *Consenso dell'imputato minorene ed epiloghi dell'udienza preliminare*, in LP 2003, 290 s.

⁷² A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 392.

⁷³ Cfr. C. Cesari, *Art. 28*, cit., 477. In giurisprudenza v. Cass. 12.4.2013 n. 23355, p.m. in proc. C., in CEDCass, m. 255521.

⁷⁴ A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 392.

⁷⁵ A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 393; in senso conforme C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 224; A. Ciavola, *op. cit.*, 195; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 111.

⁷⁶ All'iniziativa del giudice è rimessa l'imposizione di prescrizioni di carattere riparativo-conciliativo ed è in quest'ambito, che tra l'altro, l'organo giurisdizionale potrebbe decidere di promuovere la mediazione penale tra la vittima e il reo. Per l'avvio della procedura di mediazione è, però, essenziale che sia l'imputato sia la persona offesa prestino il loro consenso, cfr. A. Ciavola, *op. cit.*, 200; per un esame più dettagliato di tali prescrizioni, si rinvia a C. Cesari, *Art. 28*, cit., 499 s. e M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 117.

⁷⁷ P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 139. Nella stessa direzione C. Cost. 68/2019, evidenzia che le prescrizioni in concreto imposte all'imputato dovrebbero «essere accolte come – preziose – offerte educative, volte a stimolare un cammino che richiede però una consapevole adesione “interiore” da parte del destinatario, in vista dell'esito

termini, affinché la valenza responsabilizzatrice possa essere raggiunta, il minore non deve percepire tale misura come un'imposizione proveniente dall'alto, ma è necessario che venga messo nella condizione di aderirvi spontaneamente e consapevolmente⁷⁸.

Anche nel processo minorile, in cui devono essere riconosciute tutte le garanzie ordinarie in favore dell'imputato⁷⁹, il minore è pur sempre l'artefice del proprio destino giudiziario, legittimato a scegliere la via che reputa più opportuna senza che gli si possano imporre riti alternativi sommari⁸⁰. Diversamente, vi sarebbe una violazione dell'art. 24 co. 2 Cost.⁸¹. L'imputato, infatti, non può essere privato del diritto di difendersi, potendo aspirare a un proscioglimento nel merito⁸², preferire un differente epilogo processuale ovvero propendere per una soluzione più immediata, quale l'applicazione di una sanzione certa e quantitativamente determinata, anziché sottostare ad una misura dall'esito incerto e dalla durata potenzialmente più lunga della pena detentiva⁸³. Se non fosse legittimato a scegliere ed accettare tale percorso, l'imposizione della messa alla prova assumerebbe una connotazione spiccatamente paternalistica e il minore «tornerebbe ad essere considerato più come oggetto di protezione che come titolare di diritti soggettivi perfetti»⁸⁴.

5. Il consenso, costituendo elemento funzionale e strutturale del *probation*, deve trovare ingresso in ogni singolo segmento dell'*iter* procedurale dell'istituto. Da qualsiasi angolazione si esamini la messa alla prova, infatti, emerge sempre quale dato incontestabile la necessità della manifestazione dell'intenzione dell'imputato di volere procedere in tale direzione. Una scelta che, nei vari passaggi procedurali, si andrà via via perfezionando, sino alla definitiva cristallizzazione, che si avrà a seguito della specifica previsione delle modalità di coinvolgimento e degli impegni assunti dal minore.

Non a caso si parla proprio di "generica adesione" alla messa alla prova quale

sperato di un'evoluzione della sua personalità, tale da non rendere più necessaria l'irrogazione di una pena nei suoi confronti».

⁷⁸ A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 392 s.; in senso conforme A. Ciavola, *op. cit.*, 195; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 116 s. Diversamente secondo E. Lanza, *op. cit.*, 73, potrebbero «esservi dei casi in cui il deficit di accettazione della misura può essere colmato con delle prescrizioni a carico del reo, e quindi con una programmazione dell'intervento per cui, da un lato, si tenga conto della resistenza manifestata dal minore e, dall'altro, si predispongano degli strumenti idonei a vincerla». Dello stesso avviso R. Ricciotti, *op. cit.*, 73, ritiene che la sospensione sarebbe possibile di fronte a un progetto di prova «nel quale un certo dissenso del minore sia previsto come un ostacolo di possibile rimozione».

⁷⁹ D. Spirito, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *GP* 1990, III, 150.

⁸⁰ A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 192.

⁸¹ C. Cesari, *Art. 28*, cit., 477.

⁸² M.G. Basco - S. De Gennaro, *op. cit.*, 31; sul punto v. anche C. Cesari, *Le strategie di diversione*, cit., 224.

⁸³ Così A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 192.

⁸⁴ Così A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 192; sottolinea D. Spirito, *op. cit.*, 150, come il nuovo processo penale sia improntato ad un modello evoluto di minore: «una figura di minore emancipato partecipa, che è sempre "sentito" dal giudice, che gode di maggior rispetto come persona, che esercita poteri di iniziativa e autodeterminazione».

primo *step*, vale a dire che la volontà del minore viene dapprima espressa in una disponibilità di massima a sottoporsi al progetto di *probation*. Si tratta di un primo livello necessario al fine di sondare la fattibilità del percorso. Diversamente, perderebbe di significato l'attività dei servizi minorili⁸⁵ riguardante l'analisi della praticabilità della misura. Alla disponibilità iniziale, che non può che ricadere sugli aspetti generali dell'istituto, deve però seguire un successivo consenso pieno e consapevole su tutti i punti del percorso di *probation*⁸⁶ che, al termine di questa fase della procedura, devono essere delineati in maniera pressoché definitiva.

D'altronde a fondamento di tale ricostruzione sta il fatto che il progetto di prova viene redatto non solo "per", ma anche e soprattutto "con" il minore, nel senso che egli partecipa attivamente alla redazione di ciò che diverrà la sua futura guida comportamentale⁸⁷. Il processo di responsabilizzazione, di crescita e di maturazione del ragazzo inizia, infatti, già a partire da questo momento, in quanto ciò che viene richiesto è principalmente un atteggiamento collaborativo e propositivo. È proprio questa, d'altronde, la peculiarità della messa alla prova: mentre nel percorso ordinario ci si trova di fronte ad un soggetto passivo destinatario di una sanzione penale, qui l'autore del reato diventa prima di tutto soggetto attivo⁸⁸.

Il consenso deve permanere per tutto l'itinerario del *probation*⁸⁹, dato che il venir meno della volontà non può non incidere su tale meccanismo, determinandone la revoca. La fine anticipata della messa alla prova è, infatti, la conseguenza di gravi e ripetute⁹⁰ trasgressioni alle prescrizioni, ossia di un comportamento volontario e inequivocabile, che è chiara manifestazione dell'ostilità e dell'avversione, sintomi del totale rifiuto del minore nei confronti del progetto. Un punto di rottura che impedisce

⁸⁵ P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 139, sottolineano come proprio nella ricerca del consenso da parte del minore e della sua volontà di sottoporsi agli obblighi imposti dal progetto si evidenzia in particolare il coinvolgimento dei servizi ed una loro particolare qualificata ed insostituibile azione.

⁸⁶ F. Palomba, *op. cit.*, 433; secondo M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 118, è impensabile che il minore possa aderire solo in parte al progetto educativo; v. anche M.G. Basco - S. De Gennaro, *op. cit.*, 30; A. Pulvirenti, *Sulla consensualità della messa alla prova*, cit., 300.

⁸⁷ Cfr. S. Di Nuovo - G. Grasso, *op. cit.*, 362, secondo i quali nessuna messa alla prova è immaginabile escludendo l'imputato dalla fase di formazione del progetto; P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 144, osservano che per il progetto è opportuno che lo stesso sia preparato e redatto assicurandosi la partecipazione del minore che così diviene già da questo momento protagonista di un'ipotesi migliorativa che riguarda la sua vita; sul punto v. anche P. Patrizi, *op. cit.*, 177.

⁸⁸ Al minore è infatti chiesto non solo di rimediare agli errori commessi ed ai danni procurati attraverso la sua condotta criminosa, ma anche di impegnarsi in un itinerario di crescita e di cambiamento.

⁸⁹ Sottolinea C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 225, che il consenso «dovrebbe, altresì, mantenersi costante nel tempo e concernere non genericamente la messa alla prova, ma i suoi contenuti specifici, come richiesto dalle disposizioni attuative».

⁹⁰ Secondo Cass. 18.1.2019 n. 11909, Y., in *CEDCass*, m. 275060, la revoca dell'ordinanza di sospensione sarebbe legittima anche se fondata su un'unica trasgressione alle prescrizioni imposte (nella specie, la fuga del minore dalla comunità ed il tentativo di espatrio) in quanto l'espressione «ripetute e gravi trasgressioni» di cui all'art. 28 co. 5 d.P.R. n. 448/1988, deve essere interpretata quale presupposto "sostanziale" del provvedimento, riferibile anche ad una condotta isolata di tale qualità e gravità da escludere la possibilità di una prognosi positiva sull'evoluzione della personalità del minore.

la prosecuzione della prova⁹¹. Questa, pertanto, non fallisce automaticamente a seguito di isolate e lievi violazioni degli impegni, legate a fisiologiche difficoltà incontrate nello svolgimento del progetto⁹², ma a seguito della cessata volontà del minore di osservare il percorso del *probation*⁹³.

6. Data per assodata la costante immanenza del consenso, si rende necessario assegnare alla dinamica dello stesso attuazione pratica, verificando come si collochi all'interno della procedura della messa alla prova.

Sotto questo profilo si segnala una svolta giurisprudenziale molto recente⁹⁴ con la quale viene messo in rilievo il ruolo del consenso, giungendosi non solo a delinearne sia pure indirettamente le caratteristiche⁹⁵, ma, per la prima volta, andando ben oltre il dettato normativo, si arriva a disciplinare in concreto la modalità attraverso cui il minore deve aderire al *probation*. La Suprema Corte⁹⁶, infatti, ha dichiarato con una decisione innovativa la necessità che l'impegno dell'imputato, conseguente dal programma della messa alla prova, venga assunto davanti al giudice. Quindi, non solo il consenso è indispensabile, ma, per potersi concedere la messa alla prova, deve essere confermato all'organo giurisdizionale.

Il salto è notevole se si pensa che, pure laddove ritenuto necessario, nella prassi giudice dell'udienza preliminare e tribunale, più che procedere personalmente ad una formale richiesta del consenso, ritenevano sufficiente la manifestazione di volontà resa agli operatori dei servizi⁹⁷ durante la fase di elaborazione del progetto e, dunque, al di

⁹¹ C. Cesari, *Le strategie di diversione*, cit., 235 s., sottolinea che non bastano a fini di revoca, «inosservanze lievi o sporadiche, ma necessitano infrazioni (da intendersi come volontarie) che, per rilievo e sistematicità, comportino un atteggiamento di sostanziale rifiuto del minore per la prova, rendendo di fatto sterile la sua prosecuzione»; v. anche M.G. Basco - S. De Gennaro, *op. cit.*, 69; L. Caraceni, *op. cit.*, 1039, nota 224; A. Ciavola, *op. cit.*, 204; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 220 s.; S. Larizza, *op. cit.*, 278; A.C. Moro, *op. cit.*, 613; P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 142; A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., 398.

⁹² Si ritiene, infatti, che a volte il comportamento trasgressivo del ragazzo non debba essere interpretato come espressione di rifiuto degli impegni assunti, ma come sintomo di un progetto difficile da rispettare, di conseguenza le trasgressioni sono parte integrante del processo di crescita e vanno spesso interpretate come richieste di aiuto del minore, cfr. A. Mestitz - M. Bibbiani, *op. cit.*, 233.

⁹³ Il giudice può procedere alla revoca dell'ordinanza di sospensione solo nel contraddittorio delle parti e, quindi, mediante la fissazione di un'udienza camerale partecipata, ex art. 127 Cpp, con previo avviso alle parti: Cass. 24.11.2017 n. 57506, Senatore, in *CEDCass*, m. 271875.

⁹⁴ Cass. 28.1.2020 n. 4926, cit.

⁹⁵ Ovvio, infatti, che alla luce delle considerazioni di Cass. 28.1.2020 n. 4926, cit., si desume il carattere esplicito che deve avere il consenso. Già in questo senso, C. Cesari, *Art. 28*, cit., 479; M.G. Coppetta, *op. cit.*, 613, dato che diversamente sarebbe arduo valutare la serietà e la consapevolezza dell'impegno che il minore assume. Di contrario avviso, S. Di Nuovo - G. Grasso, *op. cit.*, 363, rilevano che «l'assetto dell'istituto, non richiamando la necessità di esplicito consenso, ha voluto attribuire al giudice il potere di interpretare la volontà del giovane di aderire al progetto, al di là della sua difficoltà di esprimerla in modo puntuale e pienamente consapevole»; anche M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 118, ammette che la sussistenza della volontà possa emergere dalla condotta processuale ed extraprocessuale tenuta dall'imputato.

⁹⁶ Cass. 28.1.2020 n. 4926, cit.

⁹⁷ P. Giannino - P. Avallone, *op. cit.*, 143, sottolineano che in primo luogo sono i servizi che devono ottenere il consenso del minore non tanto genericamente sull'opportunità o meno della messa alla prova, quanto sul

fuori dal contesto giurisdizionale. Veniva, in tal modo, reputata quella la sede più opportuna per confrontarsi con il minore sul significato e sugli effetti del *probation*.

In questa occasione la Corte ha aggiunto un passaggio ulteriore, rendendo necessaria anche la formalizzazione del consenso dell'imputato dinanzi al giudice.

In tale sede, peraltro, l'adesione diviene fondamentale sotto un duplice profilo. Da un lato, costituisce espressione di una maggiore e più pregnante presa di coscienza dell'interessato, in quanto dovrebbe manifestarsi a seguito dell'attività di cui all'art. 1 d.P.R. n. 448/1988, ossia a conclusione dell'azione di illustrazione da parte del giudice⁹⁸, qui ben più rilevante rispetto ad altri istituti, del significato dell'itinerario che il minore si accinge a percorrere e soprattutto della prospettazione anche delle conseguenze dell'eventuale esito negativo della messa alla prova⁹⁹. Dall'altro, la manifestazione della volontà espressa direttamente all'organo che dovrà decidere sul *probation* rappresenta un elemento determinante ai fini della valutazione della prognosi di successo della prova. Soltanto in tal modo il giudice può, infatti, percepire eventuali remore, perplessità e resistenze al *probation*, rendendosi conto se realmente, al di là del consenso formalmente manifestato, il minore abbia intimamente aderito al nuovo progetto di vita ovvero se tale volontà sia, in realtà, finalizzata solo dalla convenienza della prova quale occasione di elusione del percorso giudiziario e dell'estinzione del reato. In tutti questi casi il percorso alternativo deve essere negato proprio perché la messa alla prova deve fondarsi su di una volontà effettiva, leale e sincera¹⁰⁰.

L'organo giurisdizionale, peraltro, potrebbe trovarsi di fronte ad una sorta di "consenso parziale", legato all'esistenza di alcune zone d'ombra riguardanti specifici aspetti del programma e non l'istituto in sé. Pur se la pronuncia non può prescindere

progetto che si va concretamente strutturando; dello stesso avviso A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi*, cit., 192, il quale evidenzia, peraltro, che ai servizi è pure demandato il compito di tentare di ottenere il consenso del minore, specie quando il suo diniego appare poco meditato e quindi rimovibile, essendo però pacifico che se il minore persiste nella sua posizione di rifiuto, l'intento applicativo dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 viene definitivamente abbandonato.

⁹⁸ Il ruolo del giudice, in tale sede, al di là di concezioni paternalistiche, è collegato alla dimensione consensuale dell'istituto. Si rende, infatti, necessario verificare preliminarmente se l'imputato abbia effettivamente compreso il funzionamento del meccanismo di *probation* che sta per essere attivato; L. Fadiga, *Riti speciali nel processo minorile*, in *QuadCSM* 1989 (28), 523, sottolinea al riguardo la necessaria attenta e scrupolosa applicazione dei principi dell'art. 1 co. 2 d.P.R. n. 448/1988 da parte del giudice. In tal senso cfr. C. cost. 139/2020, ad avviso della quale la stessa udienza preliminare «può costituire per il minore un prezioso momento educativo, occasione di comprensione autentica e non utilitaristica della messa alla prova, in virtù del dialogo con un giudice non solo togato, meglio qualificato ad illustrare al giovane – come prescrive l'art. 1, comma 2, del d.P.R. n. 448 del 1988 – “il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni”».

⁹⁹ V. P. Giannino, *op. cit.*, 237; sottolinea G. Sambuco, *Sulla messa alla prova dell'imputato minorenni*, in *GI* 2008, 2896, che il coinvolgimento del minore «deve avvenire dopo aver lui prospettato le conseguenze dell'eventuale esito negativo della prova: ciò presuppone che il minorenni sia in grado di comprendere, quasi sillogisticamente, le conseguenze del proprio agire e le prospettive che gli si aprono al di fuori ed oltre il processo».

¹⁰⁰ Sull'argomento v. C. Cesari, *Art. 28*, cit., 479.

dal progetto redatto dai servizi minorili¹⁰¹, questo non implica, però, che il giudice non possa, a maggior ragione davanti alle esitazioni espresse dal minore, sollecitare approfondimenti e verifiche ovvero prospettare integrazioni o rivisitazioni al programma, per renderlo compatibile con le necessità dell'imputato¹⁰². La manifestazione di volontà del minore risulta dunque determinante anche ai fini di una migliore messa a punto del progetto, che risulterà così maggiormente calibrato sul caso di specie. Alla modifica delle prescrizioni e alla ridefinizione degli impegni indicati dal giudice, dovrà poi ovviamente seguire, oltre al contraddittorio tra le parti e alla consultazione dei servizi minorili, il consenso del minore alla nuova configurazione proposta¹⁰³.

Quello che è certo è che il percorso di *probation*, per essere attivato, per poter proseguire e per giungere all'esito positivo, necessita dell'adesione del minore tanto alla prova quanto al progetto in cui essa concretamente si articola. Gli obiettivi che l'istituto della messa alla prova si prefigge, infatti, potranno essere raggiunti solo in presenza della sua ferma volontà, la quale trova manifestazione in un consenso «esplicito, inequivoco, consapevole»¹⁰⁴, nonché costante nei vari passaggi procedurali, che va espresso non solo ai servizi minorili ma anche al giudice¹⁰⁵ e, che, comunque, successivamente emerge implicitamente dal comportamento, dagli sforzi e dall'impegno del destinatario della misura.

¹⁰¹ Con il provvedimento di sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato minorenni, il giudice, infatti, non può impartire prescrizioni diverse da quelle stabilite nel progetto di intervento elaborato dal servizio minorile, senza la consultazione delle parti e del servizio stesso: Cass. 17.3.2009 n. 22126, L., in *CEDCass*, m. 244142.

¹⁰² V. Cass. 14.1.2020 n. 10787, Buemi Andrea, in *CEDCass*, m. 278653. Sul punto v. P. Giannino, *op. cit.*, 243; G. Sambuco, *Processo penale minorile*, cit., 667.

¹⁰³ La medesima sequenza dovrà essere percorsa anche laddove la necessità della modifica si manifesti nel corso del programma di prova. Sulla questione v. C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 235.

¹⁰⁴ V. C. Cesari, *Le strategie di diversion*, cit., 225.

¹⁰⁵ Cfr. A. Mestitz - M. Bibbiani, *op. cit.*, 222 s., secondo le quali il giudice non dovrebbe decidere la sospensione senza avere prima ottenuto il consenso del minore.