

4/ La pena come carcere

L'applicabilità della custodia cautelare al minorene nei procedimenti per il reato di furto in abitazione o con strappo

di *Andrea Tassi**

1. La modifica introdotta dal “pacchetto sicurezza”

La legge 26 marzo 2001, n. 128 (c.d. “pacchetto sicurezza”) è intervenuta sulla disciplina sostanziale e processuale del furto mediante l'introduzione dell'art. 624 *bis* cod. pen. e la modifica dell'art. 380 cod. proc. pen., riformulato nella sua lett. *e*) ed arricchito della lett. *e bis*)¹. La creazione di un nuovo titolo di reato nel quale sono state trasfuse, anche se non integralmente, le fattispecie aggravate prima oggetto della previsione dell'art. 625 comma 1, nn. 1 e 4 cod. pen. (furto in abitazione e con strappo), si giustificava con la finalità di sottrarle al giudizio di comparazione delle circostanze nell'ottica di un più severo intervento repressivo contro forme di criminalità di maggiore allarme sociale.

La novella rendeva necessario, peraltro, l'adeguamento della disciplina dell'arresto in flagranza, dove le ipotesi “trasferite” comparivano alla lettera *e*) dell'art. 380 comma 2 cod. proc. pen.: esso veniva realizzato eliminando dalla predetta lettera i riferimenti alle vecchie previsioni ed introducendo un apposito richiamo all'art. 624 *bis* cod. pen. nella nuova lettera *e*) *bis*.

Tutto ciò aveva luogo senza alcuna modifica delle disposizioni minorili riguardanti custodia cautelare in carcere ed arresto in flagranza. In particolare, l'art. 16 disp. proc. pen. min. continua ad individuare gli *arrestable offences* mediante il riferimento ai delitti per cui è consentita la custodia cautelare a norma dell'art. 23 disp. proc. pen. min. Quest'ultimo prevede ancora il rinvio

* Ricercatore presso l'Istituto di diritto e procedura penale, Università di Macerata.

1. In argomento v. C. Bonzano, “Il nuovo assetto dei delitti di furto”, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, coordinato da G. Spangher, Giuffrè, Milano 2001, 26 ss.; C. Riviezzo, *Pacchetto sicurezza. Commento alla legge 26 marzo 2001, n. 128*, Giuffrè, Milano 2001, 2 ss.

alle sole lettere *e), f), g), h)* dell'art. 380 comma 2 cod. proc. pen., senza operare alcun richiamo alla nuova lettera *e) bis*, che ora contiene il riferimento al furto in abitazione e con strappo.

2. Le contrastanti soluzioni giurisprudenziali al problema di un mancato adeguamento

Seguendo i rinvii che, in via mediata dall'art. 16 disp. proc. pen. min. e in via diretta dall'art. 23 disp. proc. pen. min., conducono all'art. 380 comma 2 lett. *e)* cod. proc. pen. omettendo qualsiasi richiamo alla lettera *e) bis* della medesima disposizione, sembra si debba necessariamente concludere che le ipotesi di furto in abitazione e con strappo sono scomparse dal novero dei reati per i quali sono consentiti l'arresto in flagranza e la misura cautelare della custodia in carcere nei procedimenti riguardanti imputati minorenni.

Tuttavia, ad un orientamento favorevole alla lineare interpretazione letterale delle disposizioni interessate, si è presto contrapposto un indirizzo più incline a risolvere quello che da subito è apparso come un chiaro errore di coordinamento legislativo², mediante il ricorso a canoni ermeneutici meno rigidi che consentissero una ricostruzione sistematica coerente con il “vecchio” assetto normativo.

Nel primo senso, con due decisioni adottate a circa due anni di distanza tra loro, la Cassazione ha affermato che in materia di libertà personale il principio di tassatività, sancito dall'art. 13 Costituzione e ribadito dall'art. 19 disp. proc. pen. min., impone di privilegiare la lettera della legge, definita peraltro “chiarissima”³ nel caso di specie, e vieta il ricorso all'analogia⁴. Precluse sarebbero, altresì, interpretazioni sostanzialistiche che portassero a ritenere influente lo spostamento delle ipotesi di furto coinvolte “da una ad altra disposizione del medesimo art. 380, comma 2”, essendo insuperabile il rilievo per cui quelle condotte che un tempo “erano delle circostanze aggravanti, co-

2. Cfr. A. Grassi, “Osservazioni in tema di arresto in flagranza dei minorenni”, in *Giust. pen.* 2001, III, 736.

3. Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2004, n. 9126, in *Arch. nuova proc. pen.* 2005, p. 424.

4. Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2004, n. 9126, cit., nonché Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2003, n. 6581, in *Arch. nuova proc. pen.* 2003, p. 116 ss., la quale, oltre a negare l'applicabilità ai minorenni della custodia cautelare per il reato di furto in abitazione, ha altresì escluso di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 disp. proc. pen. min. per l'evidente irrazionalità dell'omesso adeguamento delle disposizioni minorili alle modifiche introdotte con la legge n. 128 del 2001. La Cassazione ha ricordato infatti nell'occasione che, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, in materie riguardanti i diritti inviolabili dell'uomo non è possibile l'intervento additivo della Consulta mediante l'estensione di norme derogatorie di principi fondamentali come quello di inviolabilità della libertà personale.

me tali prese in considerazione dal legislatore ai fini della disciplina dell'arresto in flagranza sono divenute elementi costitutivi di una distinta figura di reato"⁵, non ricompresa tra quelle contemplate dall'art. 380 comma 2 lett. e) cod. proc. pen.

Non v'è dubbio che la posizione appena sintetizzata trovi ispirazione nella decisione della Corte costituzionale che ha respinto le richieste dei giudici ordinari di ovviare all'evidente svista legislativa, dichiarando incostituzionale l'art. 23 disp. proc. pen. min. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della custodia cautelare in carcere nei confronti dei minorenni imputati per reati di furto con strappo o in abitazione. La Corte infatti, pur riconoscendo che il mancato adeguamento dell'art 23 disp. proc. pen. min. può essere il frutto di un errore di coordinamento del legislatore, ha ritenuto la "scelta" legislativa non in contrasto "con norme costituzionali da cui si possa desumere, invece, la necessità di prevedere l'adozione della misura custodiale" la quale, a ben vedere, "era del tutto estranea alla previsione originaria dell'art. 23"⁶. L'errore, quindi, doveva essere necessariamente rimediato dal Parlamento, spettando solo ad esso il potere di individuare le "ipotesi tassative, di per sé eccezionali, nelle quali è consentito adottare misure custodiali – tanto più nei confronti dei minori, per i quali vale un criterio di ulteriore assoluta eccezionalità"⁷.

2.1. La tesi giurisprudenziale della "continuità normativa".

Dalla soluzione che privilegia l'esegesi scrupolosamente testuale delle disposizioni coinvolte, si è da subito distinto l'orientamento secondo cui il permanere nel sistema penale, sia pure in previsioni legislative diverse, delle ipotesi incriminatrici convogliate nella nuova lettera *e-bis*) dell'art. 380 cod. proc. pen., non permette di ritenere superato il rinvio all'art. 380 lett. e) cod. proc. pen. "ove si consideri che l'art. 380 lett. e cit. contempla il reato di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 comma 1 n. 2 prima parte cod. pen. che corrisponde esattamente all'ipotesi configurata nell'art. 624 *bis* comma 3 cod. pen."⁸.

In questa sua prima ed "embrionale" estrinsecazione, la tesi della "continuità normativa" tra l'assetto precedente alla legge n. 128/2001 e quello ad essa successivo non pare fondarsi su argomenti di agevole comprensione e, soprattutto, estensibili a tutte le ipotesi, aggravate e non, di furto in abitazio-

5. Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2003, n. 6581, cit.

6. Corte cost. 9/24 aprile 2003, n. 137, in *Giur. cost.* 2003, pp. 1007 sgg.

7. Corte cost. 9/24 aprile 2003, n. 137, cit.

8. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2002, n. 6520, in *Arch. nuova proc. pen.* 2003, p. 116; conf. Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 3231, 235617; Cass. pen., sez. V, 9 luglio 2007, n. 35558, in *Riv. pen.* 2008, p. 848.

ne e con strappo. È difficile spiegarsi come la permanenza nell'art. 380 lett. e) cod. proc. pen. del riferimento ad un'ipotesi aggravata prevista dal disposto combinato degli artt. 624 e 625 comma 1 n. 2 prima ipotesi cod. pen. (furto aggravato dalla violenza sulle cose) possa far concludere per l'estensione di detto richiamo anche alle fattispecie, non aggravate, di cui ai primi due commi della nuova disposizione incriminatrice⁹. Probabilmente si voleva sostenere che la riformulata lett. e) include le fattispecie di cui all'art. 624 *bis* cod. pen. solo se aggravate dalla violenza sulle cose *ex* art. 625 n. 2 prima ipotesi cod. pen. (ora peraltro rientranti nella previsione del terzo comma dell'art. 624 *bis* medesimo). Ma ciò non consentirebbe comunque di riconoscere che le ipotesi semplici collocate nella nuova disposizione sostanziale (commi primo e secondo dell'art. 624 *bis* cod. pen.) sono, per il tramite della lett. e), "irraggiungibili". In altri termini, anche se si intendesse il *nomen* 'furto' contenuto nella riformulata lett. e) dell'art. 380 cod. proc. pen. come "titolo di genere" evocante, in seguito alla riforma del 2001, sia la fattispecie di cui all'art. 624 cod. pen. che quelle "nuove" descritte nell'art. 624 *bis* commi 1 e 2 cod. pen., queste ultime, se non aggravate, non potrebbero considerarsi richiamate dalla predetta lett. e).

A ben vedere, comunque, le decisioni di cui si tratta riguardano procedimenti per l'ipotesi tentata di furto *ex* art. 624 *bis* cod. pen. aggravato dalla violenza sulle cose e, pertanto, i principi da esse stabiliti possono essere condivisi in quanto riferibili unicamente alla forma aggravata del furto in abitazione o con strappo consumato o tentato¹⁰.

9. Si potrebbe perfino sostenere che l'aver il legislatore lasciato nella disposizione richiamata dall'art. 23 disp. proc. pen. min. solo il furto aggravato dalla violenza sulle cose, starebbe a dimostrare la volontà di limitare a tali casi più gravi l'"arrestabilità" per i minorenni.

10. In tal senso, v. S. Vittorini Giuliano, "L'applicabilità della custodia cautelare al minore arrestato nella flagranza del reato previsto dall'art. 624-*bis* c.p.: due pronunce contrastanti della Corte di cassazione", in *Cass. pen.* 2004, p. 286; A. Marandola, "Arresto e custodia cautelare del minorenne autore di furto in abitazione o con strappo: tra adattamento nominalistico e resistenze del sistema", in *Fam. e dir.* 2007, pp. 1129 sg.

In un caso affrontato dalla Corte (Cass. pen., sez. IV, 13 luglio 2007, n. 37884, in *Arch. nuova proc. pen.* 2008, pp. 154 sgg.) il giudice di merito aveva rilevato che per l'ipotesi consumata di furto aggravato *ex* art. 624 *bis* comma 3 cod. pen. non si porrebbe nemmeno il problema dell'interpretazione dell'art. 23 disp. proc. pen. min. nella parte in cui rinvia all'art. 380 comma 2 lett. e) cod. proc. pen. poiché, essendo la fattispecie aggravata di cui si tratta punita con una pena non inferiore a nove anni di reclusione, la custodia cautelare sarebbe applicabile in virtù della previsione generale *quoad poenam* contenuta nella disposizione minorile. La Cassazione, tuttavia, non ha fatto proprio tale ragionamento ritenendo di dover aderire all'orientamento che considera l'ipotesi aggravata di furto in abitazione ancora richiamata dall'art. 380 comma 2 lett. e) cod. proc. pen. Qualora avesse scelto la strada individuata dal giudice di merito, avrebbe dovuto affrontare il tema del giudizio *ex* art. 69 cod. pen., poiché la difesa aveva mosso una specifica obiezione all'assunto del giudice *a quo* secondo cui, in sede cautelare, non è possibile effettuare il giudizio di comparazione tra attenuanti ed aggravanti (nella specie, tra la diminuzione della minore età e l'aggravante della violenza sulle cose).

Tale chiarimento consente, per un verso, di descrivere con maggior precisione il quadro giurisprudenziale e, per altro verso, di spiegare perché la Cassazione abbia ritenuto di dover rinforzare la tesi della “continuità” con alcune decisioni successive, caratterizzate da un più intenso, ma anche molto più discutibile, sforzo argomentativo.

Sotto il primo profilo, va detto che un vero e proprio contrasto sussiste solamente tra le sentenze di cui si è appena parlato e la decisione che, in nome dell'autonomia tra il furto dell'art. 624 cod. pen. e la nuova fattispecie introdotta dal pacchetto sicurezza, nega qualsiasi possibilità di applicazione della custodia cautelare anche in relazione all'ipotesi di furto *ex* art. 624 *bis* cod. pen. aggravato dalla violenza sulle cose¹¹. Diversamente, l'altro precedente contrario all'applicabilità della misura cautelare più grave sembra attenere, in realtà, ad un caso di furto in abitazione non aggravato e sostiene la non praticabilità di un'interpretazione sostanzialistica “in base alla quale dovrebbe aversi riguardo alle ipotesi considerate dal vecchio testo dell'art. 380, comma 2, lettera e), cod. proc. pen. e dovrebbe ritenersi influente lo spostamento di tali ipotesi da una ad altra disposizione dell'art. 380, comma 2”¹²: esso, in sostanza, nega in modo esplicito la possibilità di ritenere ancora operante il vecchio testo della lettera e) dell'art. 380 cod. proc. pen., ma, a rigore, non esclude che il nuovo testo della disposizione sia interpretabile come comprensivo delle ipotesi aggravate dell'art. 624 *bis* cod. pen.

Sotto il secondo profilo, conseguenza della riferibilità dei primi interventi giurisprudenziali alle sole fattispecie aggravate di furto in abitazione o con strappo, è stata la necessità di ricercare ulteriori ragioni giustificative che consentissero di affermare l'applicabilità della custodia in carcere anche ai minorenni accusati dell'ipotesi semplice del medesimo reato.

La stessa Cassazione, infatti, si è resa conto dell'inadeguatezza argomentativa dei propri precedenti¹³ ed ha considerevolmente rinforzato la tesi della

Di fronte ad un'ulteriore questione controversa (contro l'ammissibilità del giudizio di comparazione si è espressa Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1995, n. 893, in *Ced Cassazione* 201710; favorevole è, invece Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2002, in *Arch. nuove proc. pen.* 2002, p. 263), la Corte ha preferito aggirarla adottando “a monte” la soluzione dell'applicabilità della custodia cautelare per il furto in abitazione aggravato dalla violenza sulle cose.

Tale atteggiamento si può spiegare anche considerando che i limiti di pena previsti dal terzo comma dell'art. 624 *bis* cod. pen. garantirebbero l'applicabilità della custodia cautelare in base al criterio quantitativo nei soli casi di reato consumato; infatti, la diminuzione minima di un terzo prevista dall'art. 56 comma 2 cod. pen. farebbe scendere il massimo edittale al di sotto dei nove anni.

11. Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2004, n. 9126, cit.

12. Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2003, n. 6581, cit., p. 118, la quale fonda la propria scelta esegetica sull'argomento per cui “quelle che originariamente erano delle circostanze aggravanti, come tali prese in considerazione dal legislatore ai fini della disciplina dell'arresto in flagranza, sono divenute elementi costitutivi di una distinta figura di reato”.

13. “Elemento troppo effimero” viene definito il riferimento da parte dell'art. 380 lett. e) cod. proc. pen. ad un'aggravante “che è tra quelle previste per la nuova fattispecie di cui

“continuità” con due decisioni più recenti, le quali, pur utilizzando tecniche ermeneutiche pressoché identiche, seguono percorsi parzialmente diversi.

Una prima pronuncia¹⁴ affronta il tema del rinvio tra norme e della individuazione della sua natura nei singoli casi. Nonostante il sintetico cenno ad una recente decisione in materia processuale penale¹⁵, poi frettolosamente accantonata, la Corte attribuisce rilievo decisivo ai precedenti che hanno risolto la questione con riguardo a norme sostanziali¹⁶. Da essi sembrerebbe scaturire una sorta di “test della continuità” secondo il quale, in presenza di un’innovazione legislativa, il giudice deve verificare “se vi sia continuità o radicale innovazione”¹⁷, trattandosi essenzialmente di un problema riguardante “la dimensione diacronica del diritto: un tema che il diritto penale conosce bene per ciò che riguarda la complessa e ricorrente questione delle norme penali incriminatrici”. In presenza di “una nuova incriminazione occorre stabilire se, ed in che misura, vi sia continuità normativa rispetto alle disposizioni precedenti o se invece il *novum* abbia determinato una frattura, abbia avuto un effetto abrogativo”¹⁸.

In base a tali presupposti teorici, arricchiti dalla scontata distinzione tra disposizione e norma, la Corte, sulla premessa per cui l’enunciato dell’art. 23, là dove rinvia all’art. 380 comma 2 lett. e), deve essere inteso nel senso che “la custodia cautelare può essere applicata nei confronti di minori quando si procede in ordine al reato di furto aggravato perché commesso in appartamento o con strappo”, individua il problema da risolvere nell’interrogativo se “le innovazioni normative di cui si è dato conto abbiano determinato l’abrogazione di tale enunciato”.

La risposta negativa si sviluppa in tre passaggi logici che muovono dal piano sostanziale della carenza di significative differenze tra le nuove e le vecchie fattispecie di furto in appartamento e con strappo; proseguono con l’individuazione dello scopo rigoristico dell’intervento modificativo del 2001; culminano, infine, con l’irrelevanza della “perdita di coerenza formale dell’intreccio dei rimandi contenuti negli enunciati testuali”, rimediabile mediante

all’art. 624 *bis* cod. pen.”: Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, in *Cass. pen.* 2008, pp. 1322 sgg., la cui massima è altresì pubblicata in *Guida dir.* 2007, f. 23, p. 78.

14. Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, cit.

15. Cfr. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.* 2006, pp. 3963 ss.

16. Si tratta del problema, posto dalla riforma del 1996 in tema di violenza sessuale, relativamente al significato da attribuire al rinvio effettuato dall’art. 576 comma 1 n. 5 cod. pen. agli abrogati articoli 519, 520 e 521 cod. pen. Com’è noto, l’orientamento prevalente (cfr., per tutte, Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775, in *Cass. pen.* 2005, p. 1505 ss.) stabilì che l’espressa abrogazione delle disposizioni richiamate non aveva comunque determinato un fenomeno di *abolitio criminis* ma si doveva parlare solo di successione di leggi nel tempo e, pertanto, le condotte previste dagli artt. 519, 520, 521, continuando ad essere oggetto della nuova fattispecie incriminatrice, dovevano ritenersi ancora operanti ai fini dell’aggravante di cui all’art. 576 cod. pen.

17. Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, cit.

18. Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, cit.

“l’attività interpretativa” grazie alla quale si può ritenere “che la norma (il contenuto di senso dell’enunciato) non è mutata”.

Dal canto suo, l’impostazione di un successivo intervento¹⁹ presenta indubbi caratteri di analogia, se non di identità, rispetto alla decisione del gennaio 2007. Anche quest’ultimo, importando pressoché alla lettera un inciso del precedente seguito, pone al centro del suo percorso logico-argomentativo il tema della continuità tra il nuovo assetto del furto in abitazione e con strappo e la disciplina anteriore alla legge n. 128 del 2001.

Elemento differenziale di cui tenere conto è, tuttavia, la scomparsa di qualsiasi riferimento al problema della natura del rinvio operato dall’art. 23 disp. proc. pen. min. Si passa direttamente ad affrontare la questione della “continuità” in nome della predilezione per “strumenti di interpretazione strutturate [sic] e storica”, alla luce dei quali ineludibile è la conclusione che la custodia cautelare è “applicabile ai minorenni chiamati a rispondere di tentato furto in abitazione con effrazione”.

Riassumendo l’articolato quadro giurisprudenziale ricostruito anche grazie al confronto tra principi affermati e fattispecie effettivamente prese in considerazione, si può dire che l’orientamento favorevole all’applicazione della custodia in carcere si articola, da un lato, in una posizione radicale, tendente ad ammettere la custodia in carcere in tutte le ipotesi di furto in abitazione o con strappo (tentativo, fattispecie semplice, fattispecie aggravata); dall’altro, in una posizione intermedia secondo la quale l’applicabilità della misura cautelare appare limitata alle ipotesi aggravate, tentate o consumate, del reato previsto dall’art. 624 *bis* cod. pen.

3. Una discutibile concezione del rinvio formale - non recettizio

Nella sua versione più estrema, la posizione che propende per l’applicabilità della custodia cautelare alle fattispecie di furto espunte dall’art. 380 comma 2 lett. e) cod. proc. pen., sebbene apparentemente più consapevole, presenta tuttavia incongruenze logico-argomentative tali da inficiarne in modo decisivo la fondatezza. Si può addirittura sostenere che proprio là dove è stato maggiore lo sforzo di fornire una solida base all’opzione esegetica prescelta si debbono registrare le prese di posizione meno convincenti.

Nella sentenza in cui la Corte affronta il problema del rinvio tra norme, dopo aver citato un precedente relativo all’art. 656 cod. proc. pen.²⁰, perviene, senza fornire alcuna specifica giustificazione, alla conclusione per cui il rinvio all’art. 380 lett. e) cod. proc. pen. andrebbe inteso nel senso che “la

19. Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 2007, n. 34216, in *Guida dir.* 2007, f. 39, pp. 73 sgg. con nota di A. Di Loreto.

20. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, cit., p. 3964.

custodia cautelare può essere applicata nei confronti di minori quando si procede in ordine al reato di furto aggravato perché commesso in appartamento o con strappo”. La Suprema Corte, in sostanza, sembrerebbe voler dire che l’art. 23 come riformulato dal D.lgs. n. 43 del 1991, riferendosi alla lettera *e*) dell’art. 380 cod. proc. pen., avrebbe inglobato nella propria fattispecie quelle figure di furto aggravato che allora erano evocate dalla disposizione codicistica, utilizzandole così per la produzione di effetti giuridici di natura processuale penale consistenti nella applicazione ad esse della misura cautelare “minorile”. In altri termini, essendo il significato attribuito alla disposizione semanticamente possibile solo in base al vecchio testo dell’art. 380 comma 2 lett *e*) cod. proc. pen., la Corte pare concludere per la natura materiale o recettizia del rinvio in questione²¹. Ma così non è.

Nelle battute finali della motivazione, infatti, si precisa che la conclusione per cui “la misura cautelare è ancora consentita per i minori... è coerente con la già evidenziata natura dinamica o mobile e non recettizia del rinvio di cui si discute”²².

È innegabile che il rinvio dinamico condurrebbe necessariamente alla formulazione attuale dell’art. 380 comma 2 lett. *e*) cod. proc. pen., dove manca qualsiasi possibilità di reperire un testo al quale sia consentito attribuire il significato stabilito dalla Cassazione al fine di procedere poi alla verifica, secondo i criteri della successione delle leggi penali nel tempo, circa la persistente rilevanza penale di quelle fattispecie che figuravano nella lettera *e*) prima della modifica intervenuta nel 2001. Quest’ultima operazione avrebbe senso solo tenendo conto dei vecchi riferimenti alle parti dell’art. 625 cod. pen. ormai abrogate, ossia solo presupponendo la sopravvivenza dei medesimi all’interno dell’art. 23 disp. proc. pen. min. in forza di un rinvio materiale che serva ad estrarre il contenuto della lettera in questione sterilizzandolo rispetto agli interventi abrogativi o modificativi del legislatore.

La confusione tra le due figure di rinvio appare tanto manifesta che si potrebbe perfino ipotizzare un *lapsus calami* nella stesura della motivazione.

21. L’operazione non avrebbe, ovviamente, nulla di anomalo se non fosse che, proprio il precedente citato, in relazione ad una norma processuale penale, aveva risolto in modo opposto la questione, ossia nel senso del rinvio formale o non recettizio, ragionando sulla *ratio* della disposizione interessata ed individuandola nella esigenza di predisporre un meccanismo di adeguamento automatico della previsione contenente il rinvio a quella cui si rinviava.

In particolare, il tema era quello della individuazione dei reati ostativi alla sospensione dell’esecuzione della pena detentiva, effettuata dall’art. 656 comma 9 lett. a) cod. proc. pen. mediante il rinvio all’art. 4-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354. Le Sezioni unite hanno ritenuto che la natura formale del rinvio fosse pienamente rispondente alla *ratio* dell’istituto della sospensione di consentire l’applicazione delle misure alternative alla detenzione, circostanza che impone l’identità tra il catalogo dei delitti ostativi alle misure alternative e quello dei delitti ostativi alla sospensione iniziale della carcerazione breve: cfr. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, cit. p. 3964.

22. Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, cit.

Spiegazione che, tuttavia, è resa impraticabile dalla conferma fornita da una decisione successiva la quale ribadisce, consapevolmente, la “teoria” del rinvio dinamico, richiamando in modo esplicito la sentenza appena esaminata²³. In questa ulteriore presa di posizione la Corte arriva, palesando in tal modo il fraintendimento di cui è vittima, a definire il rinvio mobile o formale come il rinvio che, “disancorata dalla disposizione, vale a dire dall’enunciato linguistico inserito in un certo documento, la *regula iuris* in essa contenuta, consente alla norma richiamante di incorporare tutte le evoluzioni della norma richiamata”.

Palese l’equivoco: il rinvio non ha come oggetto la norma, ossia l’esito dell’operazione interpretativa tramite cui dall’enunciato si distilla il suo significato²⁴, bensì l’enunciato stesso²⁵, non potendo di certo il legislatore, a tacer d’altro per ovvie esigenze di certezza, rinviare ad un dato che spesso sarebbe praticamente inafferrabile, stante la molteplicità delle interpretazioni possibili di una medesima disposizione²⁶. Proprio la questione di cui ci si occupa dimostra come partendo dagli stessi enunciati si possa giungere a significati (norme) plurimi e perfino radicalmente opposti. Il rinvio deve invece condurre ad un dato oggettivo, il testo, dal quale poi l’interprete muoverà per individuare la regola.

L’ambiguità, comunque, non pare essere del tutto innocente visto che permette alla Corte di stabilire un contatto diretto con le previsioni sostanziali, una sorta di ponte tra l’art. 23 disp. proc. pen. min. e le fattispecie di furto aggravato che nel 1991 (all’epoca della modifica dello stesso art. 23) si trovavano nell’art. 380 comma 2 lett. *e*) cod. proc. pen., facendo finta che nella disposizione minorile non ci sia il rinvio alla lettera *e*) della prescrizione codicistica ma, a dispetto dell’inequivocabile formulazione, un rinvio diretto alle norme sostanziali sul furto in abitazione e con strappo.

Per tale via, la disposizione che, nel suo nuovo testo, ostacola la conclusione cui il Collegio vuole pervenire, scompare come per incanto e lascia il posto alla questione, abbastanza scontata, della permanenza nel sistema penale della punibilità del furto in abitazione e con strappo.

23. Si tratta di Cass. pen., sez. IV, 13 luglio 2007, n. 37884, cit., la quale osserva, tra l’altro, che l’opinione contraria secondo la quale l’applicabilità della custodia cautelare sarebbe il frutto di una inammissibile interpretazione analogica, si fonderebbe “sull’assunto del carattere recettizio del rinvio, alla lett. *e*) dell’art. 328 cod. proc. pen.”. Adotta la tesi del rinvio dinamico anche Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 15153, in *Dir. pen. proc.* 2008, p. 724.

24. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano 1993, p. 18, il quale chiarisce che rispetto alla disposizione, all’enunciato, la norma è “il suo contenuto di senso, il suo significato, che è una variabile dipendente dell’interpretazione”.

25. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, Ecg, Genova, 2002, p. 167 e s.; v. anche S. Lombardo, *Riferimenti, rinvii e catene normative. Appunti*, www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm#_ftnref4, dove si dice chiaramente che oggetto dei rinvii sono i testi, le disposizioni.

26. Sia chiaro che, comunque, il rinvio ad una disposizione non è altro che il rinvio alla sua interpretazione. Questa, tuttavia, non può non tenere conto del testo della disposizione medesima rispetto al quale è, logicamente, un *posterius*.

Le ardite evoluzioni ermeneutiche fondate sulla singolare concezione del rinvio dinamico proposta dalle due decisioni sopra analizzate, non devono aver convinto nemmeno la Cassazione che, nella sua decisione più recente (in relazione alla data di deposito), pur attingendo a piene mani dalla motivazione della sentenza che per prima ha percorso la strada del rinvio formale, ha glissato sul punto. Il risultato, tuttavia, non è di miglior pregio perché, ancora una volta, non si spiegano le ragioni poste a fondamento dell'assunto per il quale l'enunciato normativo contenuto nell'art. 23 disp. proc. pen. min., nella sua configurazione risultante dal D.lgs. n. 12 del 1991, continuerebbe a stabilire che "la custodia cautelare può essere applicata nei confronti di minori quando si procede in ordine al reato di furto aggravato perché commesso in appartamento o con strappo". Non basta affermare, infatti, che le innovazioni normative del 2001 "non hanno determinato la perdita di tale enunciato", senza spiegare i motivi della sua sopravvivenza.

Certo, depurata dalle "ingombranti" considerazioni sul rinvio dinamico che inficiano la struttura argomentativa delle altre sentenze, l'ultima decisione menzionata può essere vista come un'implicita affermazione della natura materiale del rinvio di cui all'art. 23 disp. proc. pen. min. Nondimeno mancherebbe in tal caso l'esplicazione delle ragioni di una scelta che rappresenta lo snodo cruciale nell'interpretazione dell'art. 23 disp. proc. pen. min. E, comunque, anche nella motivazione della sentenza in questione si rinvergono assunti che inficiano l'ipotesi della implicita premessa del rinvio materiale. Tra questi, il riferimento all'interpretazione storica, erroneamente intesa, sembrerebbe voler affermare che è possibile leggere una disposizione rielaborando il suo testo vigente in funzione del significato proprio della sua formulazione ormai modificata dall'intervento del legislatore. Storico è infatti quel criterio interpretativo per il quale si preferisce attribuire ad un enunciato, rimasto invariato nel tempo, il significato che possedeva in epoche passate e non quello ad esso ascrivibile in base al mutato contesto linguistico-sociale in cui opera l'interprete²⁷.

4. La soluzione del rinvio recettizio o materiale

Nonostante le insuperabili incongruenze che ne affliggono le premesse teoriche, la tesi giurisprudenziale della applicabilità della custodia cautelare (e quindi dell'arresto in flagranza) ai minori perseguiti per i reati di furto in abitazione o con strappo non è giuridicamente e logicamente impraticabile.

A ben vedere, la possibilità di una soluzione del genere è stata indicata dalla Corte costituzionale. Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 disp. proc. pen. min. perché ammette a carico degli imputati

27. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 384.

minorenni la custodia cautelare in caso di furto *ex artt.* 624 e 625 comma 1, n. 2 prima ipotesi cod. pen. (furto aggravato dalla violenza sulle cose), con conseguente irragionevole disparità di trattamento rispetto alle fattispecie di cui all'art. 624 *bis* cod. pen., per le quali invece la misura cautelare è esclusa, la Corte ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile²⁸. Ciò in quanto il giudice *a quo* aveva ommesso di verificare la “praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base del dubbio di legittimità costituzionale”, non avendo affrontato il problema “se, nella specie, non fosse possibile interpretare il richiamo all'art. 380, comma 2, lettera *e*), cod. proc. pen., contenuto nell'art. 23 del Dpr n. 448 del 1988, alla stregua di un rinvio cosiddetto recettizio”. Il rimettente, cioè, avrebbe dovuto stabilire se l'art. 23 contiene un “richiamo testuale – e normativamente ‘cristallizzato’ –” al testo dell'art. 380 cod. proc. pen. che prevedeva “l'arresto obbligatorio (e, dunque, la custodia cautelare per i minorenni) per il delitto di furto, quando ricorresse, fra le altre, taluna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 625, primo comma, numeri 1) e 4), seconda ipotesi, cod. pen., nella formulazione all'epoca vigente e suscettibile, dunque, di ricomprendere anche le figure del furto in appartamento e del furto con strappo, ora autonome”²⁹.

La Corte, tuttavia, si è fermata alla segnalazione di un'opzione interpretativa senza inoltrarsi nella individuazione degli argomenti ad essa favorevoli o contrari, avendo preferito lasciare tale compito ai giudici, i quali, come si è visto, non hanno saputo o voluto raccogliere la “sfida”. Impostata sul tema della natura del rinvio all'art. 380 cod. proc. pen., la questione richiede un impegno dimostrativo concentrato sull'attenta esegesi dell'art. 23 disp. proc. pen. min. e non un semplicistico ricorso ad evanescenti tecniche ermeneutiche “olistiche” che, in un contesto governato dal principio di tassatività, hanno consentito la pratica cancellazione di un testo comunque dotato di un chiaro significato normativo anche se introdotto per un probabile errore legislativo di coordinamento.

Rimane quindi aperta la questione della natura del rinvio all'art. 380 comma 2 lett. *e*) cod. proc. pen. contenuto nell'art. 23 disp. proc. pen. min. e l'approccio non può che essere quello di partire dal testo e dalla *ratio* del medesimo per vagliare la plausibilità delle due soluzioni possibili.

Va subito precisato che non pare possibile individuare ragioni insuperabili in favore di una posizione o dell'altra, poiché entrambe presentano pro e contro che fanno entrare in gioco la peculiare sensibilità dell'interprete, dal quale, tuttavia, si può almeno pretendere che non modifichi la propria opinione a seconda delle esigenze poste dalle questioni concrete che di volta in volta si presentano. Si vuole in sostanza dire che optare per il rinvio materiale sterilizza la previsione dell'art. 23 in modo definitivo rispetto alle modifiche che

28. Si tratta di Corte cost. 4/13 luglio 2007, n. 281.

29. Corte cost. 4/13 luglio 2007, n. 281.

l'art. 380 cod. proc. pen. ha subito, e subirà, nel tempo, in considerazione delle sempre nuove esigenze repressive che vedono spesso coinvolta la devianza minorile. Anche quando gli interventi legislativi sull'art. 380 cod. proc. pen., non recepiti con correlative modifiche dell'art. 23, fossero idonei a fronteggiare gli allarmi sociali del momento che vedessero coinvolti delinquenti minorenni, si dovrebbe coerentemente propendere per la loro inapplicabilità. Al contrario, l'assenza nelle sentenze analizzate di un ragionamento sul punto fa sospettare la preferenza per un *escamotage* interpretativo che lasci le mani libere per future esigenze emergenziali.

Venendo allo specifico aspetto in esame, si potrebbe essere istintivamente portati a considerare il rinvio al codice di procedura contenuto nell'art. 1 disp. proc. pen. min. come paradigma esegetico indispensabile per comprendere il significato del rimando operato dall'art. 23, immaginando una probabile omogeneità teleologica tra le norme speciali che si rivolgono al sistema del codice per attingervi la disciplina del processo minorile. In altri termini, non sarebbe del tutto irragionevole ipotizzare che le due disposizioni vadano lette nello stesso modo, in quanto espressione della medesima finalità di importare porzioni del processo penale per imputati adulti allo scopo di integrare il sistema minorile³⁰.

Tuttavia, il rinvio contenuto nell'art. 23 sembra rispondere ad obiettivi indipendenti rispetto a quelli dell'art. 1 e, quindi, la soluzione che si predilige nella determinazione della natura del secondo non dovrebbe condizionare il tentativo di qualificazione del primo. In effetti, l'art. 1 disp. proc. pen. min. predispone un meccanismo di generico recepimento di una serie indeterminata di norme ed istituti che servono a disciplinare, in via sussidiaria, i settori della procedura minorile normativamente non autosufficienti. Al contrario, oltre a richiamare puntualmente una ben determinata disposizione del codice o, meglio, una parte di essa, l'art. 23 riguarda una materia (l'ambito applicativo della custodia in carcere) che il legislatore minorile ha voluto connotare con una spiccata impronta "autonomista", evitando di stabilire qualsiasi rapporto di sussidiarietà col sistema codicistico, integralmente rimpiazzato tramite disposizioni *ad hoc*³¹.

30. In tal senso, v. L. Caraceni, "La Consulta affronta nuovamente la legittimità dell'arresto dei minorenni per il furto con strappo e in abitazione", in *Giur. cost.* 2007, p. 2764.

31. Nonostante l'ampliamento dell'ambito applicativo della custodia cautelare operato dal D.lgs. n. 12 del 1991, l'art. 23 disp. proc. pen. min., continua a prevedere limiti edittali autonomi abbondantemente superiori a quelli relativi agli imputati maggiorenni. Ciò in attuazione, sia pure meno intensa rispetto all'originario testo della disposizione, del principio per cui la custodia cautelare deve essere usata solo come "ultimo mezzo", principio sancito nelle carte internazionali (art. 13 regole di Pechino) e ribadito anche dall'art. 3 legge delega n. 81/1987.

Più in generale, il legislatore minorile dell'88 ha delineato, in materia cautelare personale, un sistema autonomo e speciale che ha come caratteri salienti, tra gli altri, la previsione di misure esclusivamente dedicate ai minorenni nonché la facoltatività dell'applicazione di tutte le misure (sia cautelari che precautelari): sull'argomento, v. L. Caraceni, "sub art. 19", in *Il pro-*

Dunque, anche se tali marcate differenze di fondo non sono di per sé sufficienti ad imporre necessariamente ed aprioristicamente soluzioni interpretative diverse, le due norme di rinvio possono, anzi, debbono essere delineate ciascuna nella sua specificità, senza timore che eventuali conclusioni divaricate siano esposte a censure di contraddittorietà sistematica. In ultima analisi, optare per la natura formale del rinvio *ex art. 1 comma 1 disp. proc. pen. min.*³² non determina alcun “obbligo” di pervenire al medesimo approdo con riguardo alla lettura della disposizione di cui qui ci si occupa.

Ciò premesso, non vi sono elementi per affermare che la *ratio* del rinvio fosse quella di stabilire un legame mobile tra l’art. 23 disp. proc. pen. min. e l’elencazione con cui l’art. 380 cod. proc. pen., dopo aver fissato un criterio quantitativo, individua singole fattispecie o categorie di delitti per i quali comunque l’arresto in flagranza è stato imposto al fine di dare attuazione alla direttiva n. 32 lett. b) della legge delega, la quale prevede, tra l’altro, l’obbligo di arresto per “delitti predeterminati, avuto riguardo a speciali esigenze di tutela della collettività”³³. Se lo scopo fosse stato quello di allineare custodia cautelare minorile ed arresto obbligatorio in flagranza, si sarebbero dovute richiamare tutte le lettere dell’art. 380 cod. proc. pen. Dunque, la selezione di alcune previsioni tra le molte contenute nella disposizione codicistica spinge a ritenere che il legislatore del 1991 abbia inteso riferirsi direttamente alle norme sostanziali evocate dalle lettere richiamate, in forza di una specifica ed autonoma valutazione circa la gravità delle fattispecie criminose in esse considerate. L’ipotesi trova una conferma di non poco conto nell’*iter* legislativo che ha condotto alla modifica dell’art. 23 disp. proc. pen. min. da parte del D.lgs. n. 43 del 1991. Infatti, la proposta governativa di abbassare il limite edittale a nove anni di reclusione e di ammettere la custodia cautelare in tutti i casi previsti dall’art. 380 comma 2 cod. proc. pen., non ebbe il parere favorevole della Commissione bicamerale prevista dall’art. 8 della legge delega, la quale invece evidenziò l’opportunità di escludere le prime quattro lettere dell’art. 380 comma 2 cod. proc. pen., ritenendo preferibile un’estensione della misura cautelare limitata a specifiche fattispecie incriminatrici. Ed anche se si osservava che l’esclusione delle lettere a)-d) dell’art. 380 comma 2 cod. proc. pen. non avrebbe determinato una sensibile limitazione del potere cautelare, facendo esse riferimento a reati che raramente vedono coinvolti dei minorenni e che di norma sono comunque punibili con nove anni di reclusio-

cesso penale minorile. Commento al Dpr. 448/1988, a cura di G. Giostra, Giuffrè, Milano 2006, p. 188 ss.

32. È la soluzione che esigenze di garanzia e di adeguamento del processo minorile alle evoluzioni normative del codice di procedura penale indubbiamente impongono. Per tale posizione v. G. Giostra, “*sub art. 1*”, in *Il processo penale minorile. Commento al Dpr 448/1988*, a cura di G. Giostra, Giuffrè, Milano 2006, p. 6 ss.

33. Cfr. art. 2 n. 32 l. 18 febbraio 1987, n. 81.

ne ed oltre nel massimo³⁴, non si deve dimenticare che la scelta poi adottata ha quantomeno avuto l'effetto di escludere la custodia cautelare con riferimento alla forma tentata di molte figure criminose rimaste fuori dalla disposizione minorile.

Così, quanto accaduto in sede di modifica dell'art. 23 disp. proc. pen. min. pare comunque essere espressione dei principi fondamentali del sistema cautelare minorile, quali la sua autonomia e specialità nonché l'assoluta residualità della custodia in carcere, che impone criteri di ancor più rigorosa eccezionalità rispetto a quelli operanti per l'imputato adulto³⁵; circostanza questa che permette di postulare ragionevolmente la volontà di cristallizzare la previsione in tema di applicabilità della custodia cautelare riservando al legislatore minorile qualsiasi successivo intervento in materia.

In sostanza, non vi sono chiari indicatori che conducono nella direzione del rinvio dinamico come invece accade, proprio nella materia *de qua*, nel collegamento tra gli artt. 16 comma 1 e 17, da un lato, e l'art. 23 disp. proc. pen. min., dall'altro, dove la norma richiamata ricopre il ruolo di punto di raccordo funzionalmente deputato all'allineamento sistematico, quanto ad ambito operativo, tra le misure precautelari e la custodia in carcere.

Anche il testo dell'art. 23, apparentemente strutturato per un rinvio dinamico, non offre argomenti decisivi. Se il richiamo alle lettere *e*), *f*), *g*) ed *h*) dell'art. 380 cod. proc. pen. sembra suonare, in contrapposizione al diretto riferimento al delitto di violenza carnale, come un richiamo alle disposizioni processuali e non alle fattispecie incriminatrici ivi contenute, tale difformità stilistica in realtà non assume un significato particolare. Per gli adulti, infatti, l'arresto in flagranza per il reato di violenza carnale, nel 1991, era consentito in forza del criterio quantitativo di cui all'art. 381 comma 1 cod. proc. pen. e, quindi, il riferimento alla fattispecie sostanziale non compariva nelle singole

34. F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, Milano 2002, p. 282 e s.

35. In argomento, v. A. Presutti, "La tutela della libertà personale", in E. Palermo Fabris, A. Presutti, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VII, *Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 365 ss., la quale nota che "la disciplina stabilita per i provvedimenti restrittivi della libertà personale riflette più di ogni altra la specificità della situazione minorile" al fine di "salvaguardare la personalità in evoluzione del minorenne e la necessità di non interrompere i processi educativi in atto", scopi attuati attraverso la "eccezionalità dei casi in cui è consentito apportare limitazioni alla libertà personale" e la "residualità della custodia cautelare in carcere rispetto alle altre misure cautelari".

Sebbene il sistema cautelare minorile, pur autonomo, non sia del tutto autosufficiente, trovando comunque applicazione anche in *subiecta materia* il principio di sussidiarietà (v., per tutti, L. Caraceni, "sub art. 19", in *Il processo penale minorile. Commento al Dpr 448/1988*, a cura di G. Giostra, Giuffrè, Milano 2006, p. 189), nondimeno la specialità rimane particolarmente spiccata nelle disposizioni derogatorie del principio di inviolabilità della libertà personale (previsione di misure *ad hoc*, determinazione dell'ambito di applicabilità, etc.) e ciò ha come conseguenza che la disciplina codicistica entra in gioco soprattutto con riguardo al momento delle garanzie o, comunque, del *favor libertatis* (cfr. Corte cost. 11/21 luglio 2000, n. 323, in *Giur. cost.* 2000, pp. 2427 ss.).

previsioni attraverso le quali il legislatore, in ossequio al criterio qualitativo, rendeva applicabile l'arresto ai delitti puniti con pene inferiori ai limiti edittali di cui al primo comma: in sintesi, non vi erano previsioni analoghe a quelle delle lettere e)-h) cui rinviare. Non è azzardato ipotizzare che la differenza di stile sia stata determinata solo da esigenze di sintesi nella redazione dei testi normativi.

In definitiva, non si può escludere tanto facilmente che il legislatore del '91 abbia preferito consentire variazioni alla disciplina della custodia cautelare minorile attraverso interventi consapevolmente dedicati ai minorenni, senza affidarsi alle valutazioni compiute in relazione agli adulti, per i quali la disciplina della coercizione personale risponde a canoni meno rigorosi.

Sul piano politico-legislativo i due modi di intendere il rinvio dell'art. 23 disp. proc. pen. min. offrono, con speculare simmetria, pro e contro.

Indiscutibili i vantaggi del rinvio recettizio quando le disposizioni richiamate subiscono modificazioni *in pejus*: esse sarebbero inefficaci nel processo minorile senza un intervento *ad hoc*. Palesi sono, altresì, gli inconvenienti. I mutamenti *in melius* disposti in favore degli imputati maggiorenni sarebbero inoperanti³⁶, potendo tuttalpiù costituire un autorevole *tertium comparationis* per far cadere in sede di giudizio di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 3 comma 1 Cost., la norma sfavorevole ai minori. Sempre che, tuttavia, non si aderisca all'approccio della Corte costituzionale, adottato proprio con riferimento ad una questione in materia di libertà personale, secondo cui la disposizione codicistica più favorevole prevale sempre rispetto alla disposizione speciale che stabilisca un trattamento deteriore per il minorenne³⁷. Applicando tale principio, sarebbe difficile individuare serie controindicazioni nella soluzione del rinvio materiale.

L'opposta soluzione, del resto, permetterebbe, è vero, di rendere immediatamente operanti le evoluzioni garantistiche della disciplina richiamata. Essa tuttavia si comporterebbe in modo analogo con le modifiche peggiorative, decisamente più probabili nell'attuale fase storica in cui la crescente domanda di sicurezza fa sempre più spesso da volano ad interventi restrittivi delle libertà fondamentali³⁸.

36. Il rischio di uno squilibrio normativo ai danni del minorenne è l'argomento principale utilizzato da L. Caraceni, "La Consulta affronta nuovamente la legittimità dell'arresto dei minorenni per il furto con strappo e in abitazione", in *Giur. cost.* 2007, p. 2764 ss., per confutare la tesi del rinvio recettizio.

37. Corte cost. 11/21 luglio 2000, n. 323, cit. Per un'articolata e plausibile critica del principio stabilito dalla Consulta, v. G. Giostra, "sub art. 1", in *Il processo penale minorile. Commento al Dpr 448/1988*, a cura di G. Giostra, Giuffrè, Milano 2006, p. 9 s.

38. In argomento v. S. Buzzelli, "L'inapplicabilità della custodia cautelare per i minorenni imputati di furto in abitazione", in *Cass. pen.* 2006, p. 1855.

5. La necessità di un intervento chiarificatore

Nonostante gli aspetti positivi fin qui evidenziati, l'opzione del rinvio recettizio non è scevra di controindicazioni. Una di queste è senz'altro il rischio di vanificazione, in concreto, degli scopi del principio di tassatività³⁹. Ci si riferisce, in particolare, all'arresto in flagranza ed al fermo, nei quali l'operatore sarebbe costretto a determinare la sussistenza del proprio potere coercitivo senza poter ricorrere alla semplice lettura delle disposizioni interessate, ma dovendo piuttosto ricostruire complesse relazioni temporali tra norme, compito spesso al di fuori della propria preparazione professionale.

A ciò si aggiunga che la tesi giurisprudenziale ispirata alla stretta interpretazione letterale delle disposizioni coinvolte⁴⁰, pare essere la più idonea a consentire la piena osservanza del canone ermeneutico del *favor libertatis*, imposto in materia cautelare dai principi costituzionali della presunzione di innocenza e della inviolabilità della libertà personale⁴¹. Come si è visto, infatti, nessuna delle due soluzioni sulla natura del rinvio sembra poter prevalere sull'altra "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Più in generale, comunque, le carenze in termini di tassatività che oggi contribuiscono a determinare la spaccatura giurisprudenziale esaminata si annidano nell'art. 23 disp. proc. pen. min., là dove non chiarisce in modo sufficientemente certo se il riferimento all'art. 380 cod. proc. pen. sia solo una tecnica di *drafting* per "arrivare più agevolmente" alle fattispecie sostanziali che al momento della modifica della disposizione minorile erano ivi richiamate, ovvero se con esso si intendeva rimettere ad una fonte esterna al sistema minorile la scelta dei delitti per i quali è applicabile la custodia cautelare.

39. La stretta osservanza dei principi di legalità e tassatività è l'argomento principale utilizzato per rigettare la tesi del rinvio recettizio: A. Presutti, "La tutela della libertà personale", in E. Palermo Fabris, A. Presutti, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VII, *Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano 2002, p. 369; S. Vittorini Giuliano, *L'applicabilità della custodia cautelare al minore arrestato nella flagranza del reato previsto dall'art. 624-bis c.p.*, cit., p. 286 s.; S. Buzzelli, *L'inapplicabilità della custodia cautelare per i minorenni imputati di furto in abitazione*, cit., p. 1855; A. Marandola, *Arresto e custodia cautelare del minorenne autore di furto in abitazione o con strappo*, cit., pp. 1128 s.

40. Deve comunque precisarsi che la tesi contraria all'applicabilità della custodia cautelare non può spingersi a negare l'ammissibilità della misura, in ragione della previsione generale *quoad poenam*, nei casi di furto aggravato ex art. 624 bis comma 3 cod. pen. Ciò a prescindere dal conseguente problema della possibilità per il giudice di effettuare il giudizio di comparazione tra la diminuzione della minore età e le circostanze aggravanti.

41. Vanno in proposito ricordati gli insegnamenti di Cass. pen., sez. I, 7 giugno 1977, n. 1459, in *Ced Cassazione* 136695, secondo cui "le disposizioni sulla custodia preventiva sono di stretta interpretazione per quanto attiene all'adozione di misure restrittive della libertà personale dell'imputato, posto che gli artt. 13 e 27 Cost. pongono l'esigenza dell'adeguamento delle leggi ordinarie al principio del *favor libertatis*, come corollario della presunzione di non colpevolezza, nonché l'obbligo del rispetto della regola della tassatività dei casi e dei modi di restrizione della libertà personale".

In tale direzione, non sembra idoneo a risolvere tutti i futuri problemi il probabile intervento legislativo sull'art. 23 per aggiungervi il riferimento alla lett. e-bis) dell'art. 380 cod. proc. pen.⁴² La sempre più sviluppata tendenza della prassi giurisprudenziale ad atteggiamenti svalutativi dei testi di legge⁴³, manifestata anche attraverso l'adozione, perfino in settori governati dal principio di tassatività, di metodi interpretativi quali quello storico⁴⁴ o, condensando in una parola le premesse metodologiche di una delle sentenze analizzate⁴⁵, "espressionistico", proietta l'ordinamento processuale in contesti prossimi ad un modello di *Freirecht*, creando incertezza e, quindi, clamorose violazioni del principio di eguaglianza.

Qualora si volesse inopportuno insistere nell'utilizzo della tecnica del rinvio, l'esigenza di tassatività imporrebbe almeno una chiara presa di posizione del legislatore in ordine alla sua natura recettizia o non recettizia.

Soluzione auspicabile, quindi, sarebbe quella di una riformulazione dell'art. 23 disp. proc. pen. min. che, mediante la specifica elencazione dei delitti per i quali l'adozione della misura cautelare più afflittiva è consentita, renda la disposizione "autosufficiente" sotto il profilo normativo ed attui, anche nella materia *de qua*, i basilari principi di autonomia e specialità del sistema cautelare minorile.

42. Il primo tentativo di ovviare alla lacuna determinata dalla legge n. 128/2001 è riconducibile al Ddl 18 marzo 2002, n. 2501, recante "Modifiche alla composizione e alle competenze del tribunale penale per i minorenni", con il quale si voleva addirittura estendere l'applicabilità della custodia cautelare a tutti i casi previsti dall'art. 380 comma 2 cod. proc. pen.: per un commento critico sul disegno di legge, v. S. Nosengo, "Aporie legislative e fraintendimenti di obiettivi in tema di libertà personale", in Aa.Vv., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia?*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 187 ss.

Nella passata legislatura il Governo aveva presentato alla Camera dei Deputati il 13 novembre 2007 un disegno di legge intitolato "Disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena" (n. 3241), il cui art. 5 prevedeva l'aggiunta nel testo dell'art. 23 disp. proc. pen. min. del richiamo all'art. 380 lett. e bis).

43. Non si può dimenticare che, secondo Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 15819, cit., l'introduzione della lettera e-bis) sarebbe stata solo una lodevole ma non necessaria iniziativa del legislatore "per rendere di immediata comprensione che nulla è mutato rispetto al passato quanto alla disciplina dell'arresto".

44. Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 2007, n. 34216, cit., p. 74.

45. Secondo Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 2007, n. 34216, cit., p. 74, per risolvere il problema sottoposto si deve "valutare le discontinuità e le continuità esistenti tra forma espressiva del nuovo quadro normativo e forma espressiva del quadro preesistente".