

*(omissis)*

ritenuto

1 - Il difensore del minore ricorre, per violazione art. 19/5° co. e 23 DPR 448/88, contro ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Brescia, che ne conferma la misura di custodia in carcere, disposta dal GIP per concorso in furto aggravato in abitazione, nella quale più persone erano entrate attraverso un abbaino (art. 624 bis u. co. CP). Ed argomenta in particolare che in sede cautelare deve essere anticipato il giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 CP.

2 - Il ricorso è infondato.

La diminuzione della minore età (per cui non è previsto limite minimo dall'art. 98/1 CP) deve essere bensì apprezzata in sede di applicazione di una misura di custodia (art. 19/5 DPR 448/88). Ma, fuori dell'ipotesi di aggravanti che comportino la pena dell'ergastolo, la possibilità di operare a tal fine la comparazione tra circostanze ai sensi dell'art. 69/4 CP, non esclude che il giudice possa pronosticarne l'equivalenza o subvalenza.

Nella specie, quale che sia la giustificazione resa, il Tribunale ha escluso rilievo alla diminuzione di cui all'art. 98 CP, comparabile con la sola ulteriore aggravante rispetto al reato di furto ai sensi dell'art. 624 bis CP.

Difatti questo articolo, aggiunto con L. 128/01, prevede che il fatto di essersi introdotto in luogo destinato ad abitazione, già previsto come circostanza aggravante dall'art. 625 n. 1 CP ("furto in abitazione", oltre a quella di cui al n. 2, "furto con strappo"), integri la condotta di ipotesi speciale di reato, divenendone elemento strutturale.

Trattandosi di minore la questione è dunque altra, che concerne l'applicabilità della custodia ai minori, per furto in abitazione nell'apparente assenza di collegamenti normativi espressi tra la disciplina del processo minorile e quella del codice procedurale, dopo la novella parallela dell'art. 380/1 lett. e ed e bis CPP.

In proposito la Corte Costituzionale (ordinanza 137/03), dichiarando l'inammissibilità per manifesta infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 23/1 DPR 448/88, nella parte in cui, ferma la previsione originaria, non richiama la lettera e bis dell'art. 380/2 CPP (arresto obbligatorio in flagranza di reato di furto in abitazione e con strappo, fuori delle ipotesi di speciale tenuità del danno), ha asserito che la scelta di novellare la norma del procedimento minorile è lasciata al legislatore.

Questa motivazione è stata talora intesa nel senso del diniego di operatività del collegamento normativo preesistente. Sennonché, fermo il divieto di analogia in malam partem, l'ordinanza di inammissibilità del Giudice delle leggi significa solo che il giudice ordinario è libero di inquadrare la norma non abrogata nel sistema vigente.

E nella specie non si tratta di analogia e nemmeno di interpretazione estensiva. La novella dell'art. 624 bis CP con riferimento alla stessa fattispecie già rapportabile agli artt. 624 - 625 n.1 (e n. 2) CP introduce in effetti una disciplina meno favorevole dello stesso fatto perché, rendendo elemento

costitutivo di reato quella che già era prevista come aggravante, la sottrae al giudizio di comparazione, cosicché, pur immutato l'art. 23 DPR cit., non vi è spazio per indurne maggior favore in materia di libertà, bensì il contrario.

Pertanto questa Corte (Cass., sez. V, n. 3231/2007, Kriz, CED rv. 235617 - conf. n. 6520/03 - rv. 223591 e 5771/04 - 227467), pur a fronte di decisioni di segno contrario (Cass. n. 6581/03 - CED rv. 223592 e 9126/04 rv. 230970), ha ribadito l'indirizzo prevalente come segue: "l'art. 23 d.P.R. n. 448 del 1988 (come novellato dall'art. 43 d.lgs. n. 12 del 14.12.91) non prevede tra i casi in cui può essere applicata la custodia cautelare l'ipotesi di cui all'art. 380/2° co. lett. e-bis (delitti di furto in abitazione e con strappo ex art. 624 bis); tuttavia, l'art. 23 succitato richiama l'art. 380/2° co. lett. e, che prevede l'ipotesi del reato di furto aggravato ex art. 625/1° co. n. 1 e 2, prima parte, CP e che corrisponde esattamente all'ipotesi di cui all'art. 624 bis/3° co. CP (furto in abitazione o con strappo aggravato da una o più delle circostanze di cui all'art. 625/1° co.). Ne consegue che nell'ipotesi di furto aggravato in abitazione sono applicabili nei confronti di indagati minorenni l'arresto in flagranza e la custodia cautelare".

Riassumendo:

l'adozione di misura di custodia è subordinata alla prognosi della pena detentiva applicabile in sede di condanna ai sensi dell'art. 275/2° co e 278 CPP, onde la sanzione prevista costituisce il parametro legale di riferimento, formalmente mediata dal richiamo letterale alle norme incriminatrici.

Il parametro resta fermo nel caso di furto in abitazione commesso da minore, perché il rinvio dell'art. 23 D. Pr. 448/88, norma tuttora vigente, per l'applicazione di custodia nel processo minorile alla lettera "e" dell'art. 380/2° del codice di procedura penale che richiama le ipotesi di aggravamento di furto di cui all'art. 625/1° n.1 e n.2 p.p., deve ritenersi trasferito alle stesse ipotesi oggi richiamate dalla lettera "e bis" con riferimento all'art. 624 bis CP, che disciplina come Ipotesi speciali di furto quelle in origine previste come furto aggravato.

Pertanto la permanenza nel sistema della previsione originaria dell'art. 23 D. pr. citato, che tuttora disciplina il regime cautelare dei minori non può essere vanificata dalla privazione del parametro punitivo, per il diverso rinvio formale dell'art. 380/1 lett. e bis CPP, maggiormente perché immutato il fatto e cioè ferme le soglie di punibilità, la nuova qualificazione di reato risulta meno favorevole, perché esclude la possibilità originaria di comparazione tra circostanza aggravante speciale ed attenuanti.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94 disp. att. CPP.

Roma, 9.7.2007