

CASSAZIONE SEZIONE 5^a PENALE – 9 MAGGIO 2018, N. 20480 – PRES. BRUNO – EST. AMATORE (conc. conforme).

Sulla configurabilità della circostanza della minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) nel caso di furto commesso in ore notturne. Osservazioni su una discutibile soluzione della suprema Corte.

Mariangela Telesca*

SOMMARIO: 1.- Il caso del furto commesso in ore notturne in una recente vicenda processuale. 2.- La circostanza aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.): cenni. 3.- La giurisprudenza di legittimità in tema di furto consumato nottetempo: l'orientamento minoritario. 4 (segue) e quello maggioritario. 5.- Il richiamo delle Sezioni Unite alla valorizzazione del principio di offensività. 6.- La discutibile soluzione adottata nella decisione *de qua*.

1.- Il caso del furto commesso in ore notturne in una recente vicenda processuale.

La decisione n. 2048/2018¹ della Corte di Cassazione offre l'occasione per una riflessione sui presupposti per l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. in caso di furto commesso in ore notturne.

La vicenda processuale vede la Corte di Appello di Torino affermare la penale responsabilità dell'imputata per i reati di cui agli artt. 624, 625 e 61 n. 5 c.p. confermando, in tal modo, la sentenza di condanna emessa dal giudice di prime cure in data 25 febbraio 2016. La predetta sentenza viene impugnata da parte della difesa dell'imputata che, nel censurare l'operato della Corte territoriale, espone un triplice ordine di motivi: a) violazione della legge processuale con riferimento alla mancata celebrazione dell'udienza preliminare prima della citazione dell'imputato a giudizio in relazione al titolo di reato contestato (art. 624-*bis* c.p.); b) mancata assoluzione dell'imputata per l'asserita incapacità di intendere e di volere e, in via subordinata, per l'assenza dell'elemento soggettivo del reato; c) violazione degli artt. 624-*bis* e 61 n. 5 c.p. per insussistenza della contestata aggravante della minorata difesa perché il furto, pur essendo avvenuto nelle ore notturne, era stato commesso in danno di un negozio avente impianto di videosorveglianza.

La Corte di Cassazione con la pronuncia in commento, richiamando pregressa giurisprudenza², ritiene infondato il primo motivo perché per le fattispecie delittuose del furto in abitazione e del furto con strappo, introdotte dalla l. n. 128/2001 all'art. 624-*bis* c.p. si procede con citazione diretta a giudizio, ai sensi dell'art. 550 c.p.p.

Allo stesso modo il supremo Collegio rigetta il secondo motivo, in quanto inammissibile, perché la Corte di appello, attraverso «una motivazione adeguata e scevra da criticità argomentative», ha evidenziato «l'assenza di patologie psicotiche tali da incidere sul predetto profilo di imputabilità soggettiva dell'agente» e, coerentemente, è pervenuta ad affermare la sussistenza in capo all'imputata della capacità di intendere e di volere al momento della commissione dei fatti.

Infine, i giudici di legittimità respingono anche il terzo motivo di doglianza affermando il seguente principio di diritto: «La commissione del furto in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante di minorata difesa, posto che la *ratio* dell'istituto risiede nel fatto che

* Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Salerno.

¹ Cass., Sez. V, 9/5/2018, n. 20480, in <https://www.neldiritto.it>.

² Cass., Sez. VI, 24/4/2012, n. 29815, *CedCass.* 253173.

non si richiede che la pubblica o privata difesa sia del tutto impossibile, ma che essa sia semplicemente ostacolata».

Le conclusioni della suprema Corte secondo cui il furto commesso in ore notturne è sempre aggravato per avere l'agente profittato di circostanze di tempo (art. 61 n. 5 c.p.), non appaiono pienamente condivisibili per le ragioni che svilupperemo nel prosieguo.

Prima di soffermarci sullo specifico problema sottoposto alle considerazioni dei giudici di legittimità appare corretto qualche richiamo alla circostanza della minorata difesa per meglio esaminare la decisione adottata dai giudici di legittimità.

2.- La circostanza aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.): cenni.

La formulazione dell'aggravante, dalla «oscura *ratio*»³, della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 c.p. – funzionale a «dare rilievo a situazioni concrete di particolare vulnerabilità della persona offesa o del bene offeso dal reato»⁴ – presenta dei profili problematici già in ordine alla natura di circostanza oggettiva o soggettiva⁵. Così, pur ponendo a fondamento delle riflessioni interpretative il verbo 'profittare' utilizzato dal legislatore, la dottrina è pervenuta a conclusioni diverse. Invero, una risalente impostazione teorica riconosce alla circostanza della minorata difesa portata soggettiva sulla base della particolare volontà riprovevole dell'agente⁶; all'opposto, valorizzando le modalità dell'azione, la dottrina maggioritaria ricostruisce la stessa in termini oggettivi⁷, «onde basta che il soggetto abbia tratto obiettivamente vantaggio dalla particolare situazione»⁸. Si richiede, inoltre, che le condizioni determinanti la minore capacità di difesa o autodifesa siano conosciute all'agente⁹, o che quest'ultimo abbia consapevolezza della situazione di vulnerabilità in cui versa il soggetto passivo¹⁰.

La distinzione tra circostanze oggettive e soggettive svolgeva originariamente una specifica funzione sul piano applicativo nell'ambito della compartecipazione criminosa¹¹. E invero, l'art. 118 c.p. – prima della riforma di cui alla l. n. 19/1990¹² – stabiliva che si estendevano ai compartecipi le circostanze oggettive aggravanti e attenuanti nonché le circostanze soggettive aggravanti quando avevano agevolato l'esecuzione del reato. L'attuale formulazione della norma non contiene alcun richiamo alle circostanze oggettive o soggettive e ha finito per

³ A. Vallini, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen. Aggiornamento*, Torino 2000, 43

⁴ Cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*⁶, Torino 2015, 388.

⁵ Sulla non pacifica classificazione della circostanza, cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁵, a cura di L. Conti, Milano 1997, 444.

⁶ Cfr. A. Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, 1955, p. 82; Id. *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 82, che fa discendere la valenza soggettiva dal termine 'profittare' che «significa avvantaggiarsi intenzionalmente» e, dunque, «si richiede la volontà del fatto»; A. Santoro, *Circostanze del reato*, in *Nss. dig. It.*, II, Torino, 1958, 274; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, P. Nuvolone-G.D. Pisapia, (agg.) Torino 1981, 202, secondo il quale la ragione dell'aggravamento consiste nella maggiore criminalità mostrata da colui che non solo non sente o respinge quei motivi inibitori che nella generalità degli uomini fanno sorgere le dette circostanze, ma anzi di queste ne approfitta, quando pure non le cagiona, per delinquere. Pertanto, l'aggravamento è disposto non tanto per supplire alla minorata difesa (elemento oggettivo) quanto per colpire nel delinquente il maggior dolo.

⁷ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna 2009, 437; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁸, 2003, p. 464; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale (artt. 1-84)*³, Milano 2005, 666.

⁸ Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*¹⁰, Padova 2017, 404.

⁹ Cfr. C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Torino 2016, 500.

¹⁰ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 436.

¹¹ Cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁷, Torino 2016, 521.

¹² Sulle novità introdotte dalla l. n. 19/1990 sul sistema delle circostanze, «individuato quale istituto centrale nella determinazione giudiziale della concreta gravità del reato e, conseguentemente della sanzione da irrogare», cfr. M. Lombardo, *Circostanze*, in *Dig. disc. pen. Aggiornamento*, Torino 2010, 88 s.; più in generale sul peso delle dis-avventure politico-criminali legate a mezzo secolo di correzioni 'novellistiche', cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000.

privare «di pratica rilevanza»¹³ la classificazione. L'art. 118 si limita «ad elencare talune circostanze (quelle “concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole”) che vanno applicate soltanto alla persona a cui si riferiscono»¹⁴.

La tesi maggioritaria si giustifica anche in considerazione del disposto di cui all'art. 70 c.p. che, tra le circostanze oggettive, annovera quelle concernenti la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso. Tuttavia, è stato evidenziato come il ricorso alla locuzione ‘profittare’ denoti l'esigenza che il reo abbia sfruttato consapevolmente la situazione e, quindi, il riferimento alle ‘modalità dell'azione’ è in grado di includere anche le modalità che, «proprio in conseguenza della loro accessione ad un elemento del fatto necessariamente investito dal dolo, non possano prescindere da un coefficiente psichico di imputazione»¹⁵.

3.- La giurisprudenza di legittimità in tema di furto consumato nottetempo: l'orientamento minoritario.

Con specifico riferimento al caso di furto posto in essere in ore notturne la giurisprudenza di legittimità oscilla tra due contrapposti indirizzi esegetici.

Un orientamento minoritario – al quale aderisce anche la decisione in rassegna – sostiene, ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. in relazione alle circostanze di tempo, che la commissione del furto in ora notturna integri di per sé gli estremi dell'aggravante della minorata difesa.

Infatti, in considerazione della natura oggettiva della circostanza, viene sostenuto che per poter applicare la circostanza aggravante è sufficiente aver commesso il furto in ora notturna; questo perché a caratterizzare la particolare fascia oraria sono proprio alcuni presupposti come la ridotta vigilanza pubblica sulle pubbliche vie, la scarsa probabilità di testimoni e la mancanza della ordinaria vigilanza da parte del proprietario¹⁶.

Non diversamente si ribadisce la configurabilità dell'aggravante sul presupposto che, nonostante il ‘tempo di notte’ non sia espressamente previsto dalla norma codicistica disciplinatrice della circostanza aggravante, il furto commesso nottetempo integra l'ipotesi di cui all'art. 61 n. 5 c.p., per la minore sorveglianza dei luoghi pubblici. A nulla rileva l'eventuale presenza dei proprietari all'interno dell'esercizio nelle ore notturne, trattandosi di evenienza del tutto eccezionale, e in quanto tale inidonea ad incidere sull'aggravante¹⁷.

Nella stessa ottica si iscrive la presa di posizione del supremo Collegio – in un caso concernente un tentativo di furto commesso in ore notturne all'interno di un capannone industriale – che ha riconosciuto la riconduzione del fatto realmente verificatosi nell'ipotesi aggravata di cui all'art. 61 n. 5 c.p., in considerazione della ridotta vigilanza pubblica che, normalmente, viene esercitata in tali ore e in considerazione delle marginali possibilità per i privati di esercitare un'azione di sorveglianza. Tuttavia nel caso di specie si ammette la possibilità di pervenire ad una diversa conclusione qualora particolari circostanze avessero accentuato le difese del soggetto passivo¹⁸.

¹³ Così F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 401.

¹⁴ Così G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano 2018, 590.

¹⁵ Cfr. T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino 1988, 218; evidenza come a causa della loro struttura «queste circostanze non possono non essere investite dal dolo» A. Manna, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Trecc.*, VI, Roma 1993, 12.

¹⁶ Cass., Sez. IV, 8/7/2009, n. 34354, *CedCass.* 24498801.

¹⁷ Cass., Sez. V, 27/05/20105, n. 35616, *CedCass.* 24888301, fattispecie in tema di furto commesso in ore notturne in un esercizio commerciale, all'interno del quale erano presenti i proprietari.

¹⁸ Cass., Sez. V, 26/01/2015, n.32244, *CedCass.* 26530001.

Nello stesso solco si pone un'altra pronuncia della Corte di Cassazione, per avere gli imputati operato nottetempo, vale a dire quando la sorveglianza degli aventi diritto è solitamente più tenue ovvero addirittura assente; questo fatto rappresenta certamente una modalità esecutiva integrante gli estremi dell'aggravante della minorata difesa. A tali conclusioni si giunge perché, per la sussistenza dell'aggravante, l'art. 61 c.p., n. 5, non richiede che la pubblica o privata difesa sia del tutto impossibile, ma che essa sia semplicemente ostacolata¹⁹. Il fatto che i locali non ospitassero persone dormienti non riveste significato dirimente, in quanto l'aggravante sussiste tutte le volte in cui l'agente abbia approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona (da intendersi, appunto, anche come assenza di persone sul *locus delicti*), tali da facilitare il suo compito²⁰.

Si sostiene, ancora, in un caso di tentato furto aggravato di un ciclomotore, che l'assenza di illuminazione facilita la commissione del fatto posto in essere in tempo di notte e, quindi, integra l'aggravante contestata²¹.

4.- (segue) e quello maggioritario.

La prassi maggioritaria, in linea con le indicazioni dottrinali secondo cui le circostanze di cui all'art. 61 n. 5 c.p. «non debbono essere valutate di per sé, ma in rapporto alla loro effettiva idoneità a creare ostacolo alla difesa»²², si orienta diversamente. Infatti, in un caso di furto commesso all'interno degli uffici della Polizia Municipale in ore serali (durante l'orario di chiusura degli stessi) è stato sostenuto che, al fine della configurabilità della circostanza aggravante descritta all'art. 61 n. 5 c.p., non rileva l'astratta idoneità di una data situazione (si pensi ad esempio all'età della vittima) ma il concreto ostacolo frapposto alla difesa, così escludendo che fosse sufficiente ad integrare l'aggravante il semplice riferimento al tempo di notte²³.

Alle stesse conclusioni perviene la Corte di legittimità chiamata a sindacare un'impugnazione in materia di rapina commessa in ore notturne ai danni di un soggetto anziano²⁴. Ebbene, il supremo Collegio ha ravvisato la fondatezza dell'aggravante della minorata difesa in presenza di determinate condizioni: l'età avanzata della vittima (71 anni) e la consumazione del fatto in ora notturna. E' stato specificato che la debolezza fisica dovuta all'età senile costituisce una minorazione delle capacità difensive del soggetto che impedisce il tentativo di reazione possibile contro una persona giovane e di ordinaria prestanza fisica e quando risulti che la vittima del reato sia stata scelta dall'agente in considerazione dell'età avanzata²⁵. Per questo orientamento ne discende che per prospettarsi l'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p., il tempo di notte, di per se solo, è insufficiente, laddove rileva quando con esso concorrono altre condizioni²⁶ che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata, pur non essendo necessario che tale difesa si presenti impossibile ed essendo sufficiente che essa sia stata soltanto ostacolata²⁷.

La medesima impostazione viene ribadita con riferimento ad un tentativo di furto di un'automobile parcheggiata in una zona periferica, commesso nottetempo; la Corte regolatrice, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, ha

¹⁹ In tal senso già V. Manzini, *Trattato*, cit., 203.

²⁰ Cass., Sez. V, 25/2/2011, n. 7433, nella specie si trattava di furto commesso in ora notturna.

²¹ Cass., Sez. V, 11/3/2011, n. 19615, *CedCass.* 250183; in precedenza, per una fattispecie analoga cfr. Cass., Sez. I, 9/10/1996, n. 10268, *CedCass.* 206117, con nota di M.C. Bisacci, *L'elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa*, in *Cass. pen.* 1999, 500 s.

²² Cfr. T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 218.

²³ Cfr. A. Malinverni, *Circostanze del reato*, cit., 81; Cass., Sez. V, 2/2/2010, n. 8819, *CedCass.* 24616001.

²⁴ Cass., Sez. II, 18/01/2011, n. 3598, *CedCass.* 24927001.

²⁵ Cass., Sez. II, 1/3/1984, n. 1790, *CedCass.* 162876.

²⁶ Sulla necessaria concomitanza di altri fattori, cfr. A. Manna, *Circostanze*, cit., 12.

²⁷ Cass., Sez. I, . 13.1.1988, n. 346, *CedCass.* 177396.

ribadito che il tempo di notte non possa realizzare automaticamente tale aggravante, che si configura, invece, in presenza di aggiuntivi presupposti. Così, ad esempio, vengono in rilievo, il fatto che l'autovettura fosse parcheggiata in una zona periferica e praticamente deserta o comunque poco frequentata da passanti o automobilisti; che la vittima in quell'orario dormisse o non potesse contare sulla sorveglianza anche indiretta di terze persone²⁸.

In conclusione, le «circostanze di tempo» di cui all'art. 61 n. 5 c.p. assumono rilevanza, secondo questa impostazione interpretativa, qualora concorrano ulteriori condizioni in grado di incidere effettivamente sulle possibilità difensive²⁹, a nulla rilevando, pertanto, il mero riferimento alle ore notturne. Le «circostanze di tempo», *sub specie* delle «ore notturne», per essere significative in ordine all'applicazione dell'aggravante richiedono la presenza di altre condizioni, che abbiano realmente agevolato l'agente nell'esecuzione del reato³⁰. Occorre, pertanto, l'accertamento di elementi sintomatici di quella obiettiva situazione di vulnerabilità in cui versava il soggetto passivo, della quale l'agente avrebbe profittato³¹. Sotto questo specifico profilo è necessaria una complessiva valutazione dell'effettiva diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata³², ovvero sia che ricorrano altre condizioni che dimostrino come la pubblica o privata difesa sia stata impedita o anche solo ostacolata³³; in sostanza sia stata resa più difficile³⁴.

In linea con tali sviluppi è stata da ultimo ribadita³⁵ – individuando il fondamento dell'aggravante in parola nel fatto che giustifica l'aumento di pena sulla considerazione del maggior disvalore della condotta posta in essere dall'agente che approfitta delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione si svolge – la necessità di un accertamento in concreto³⁶, non essendo sufficiente limitarsi all'astratta previsione legislativa delle circostanze che abbiano effettivamente favorito la commissione del reato. Discende da tali considerazioni il principio di diritto per cui la valutazione della sussistenza dell'aggravante della minorata difesa *ex art.* 61 n. 5 c.p. va operata dal giudice, caso per caso, valorizzando situazioni che abbiano ridotto o comunque ostacolato la difesa del soggetto passivo, pur senza renderla del tutto o quasi impossibile, agevolando in concreto la commissione del reato. Ne consegue che il tempo di notte avrà rilievo qualora concorrano ulteriori condizioni che abbiano effettivamente annullato o sminuito i poteri di difesa pubblica o privata»³⁷.

5.- Il richiamo delle Sezioni Unite alla valorizzazione del principio di offensività.

Nell'ambito dell'ampia casistica giurisprudenziale va segnalato il contributo – solo apparentemente avulso dal contesto delle circostanze di tempo – offerto da recente intervento

²⁸ Cass., Sez. IV, 30/11/2016, n. 53343, *CedCass.* 26869701.

²⁹ Cass., Sez. V, 18/10/2017, n.1917, in <https://www.neldiritto.it>; Cass., Sez. IV, 30/11/2016, n. 53343, cit.; Cass., Sez. II, 18/01/2011, n. 3598, cit.

³⁰ Cass., Sez. II, 28/02/1970, n. 2420, *CedCass.* 114122; Cass., Sez. II, 29/03/1969, n. 2196, *CedCass.* 110892; Cass., Sez. II, 30/11/1968, n. 1638, *CedCass.* 109596; Cass., 26/10/1970, in *Cass. pen.*, 1970, 1566; in dottrina cfr. T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 218.

³¹ Cass., Sez. II, 10/02/2006, n. 5266, *CedCass.* 233573; Cass., Sez. I, 23/09/1987, n. 10016, *CedCass.* 176710.

³² Cass., Sez. I, 13/01/1988, n. 346, *CedCass.* 177396.

³³ Cass., Sez. I, 25/01/1972, n. 323, *CedCass.* 119880; Cass., Sez. II, 03/06/1976, n. 6694, *CedCass.* 136921; Cass., Sez. II, 23/10/1969, n. 1323, *CedCass.* 113016.

³⁴ Cfr. V. Manzini, *Trattato*, cit., 203; E. Loi, *sub art. 61*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*², F. Bricola-V. Zagrebelsky, (curr.) II, Torino 1996, 260.

³⁵ Cass., Sez. IV, 5/4/2018, n.15214, in <https://www.neldiritto.it>.

³⁶ Sulla necessità di dimostrare che il reo conosceva la condizione e voleva trarne utilità, già F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 444; V. Manzini, *Trattato*, cit., 202-203.

³⁷ Cass., Sez. IV, 5/4/2018, n.15214, cit.

delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁸, chiamate a sciogliere un contrasto giurisprudenziale sorto in ordine all'ipotesi di furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento. Alcuni passaggi possono essere richiamati anche per meglio comprendere il problema relativo alla configurabilità dell'aggravante di minorata difesa nel caso di un furto commesso in ora notturna.

In primo luogo sostiene la Corte che «il lessico della legislazione penale, per la sua spiccata vocazione generalizzante, mostra frequentemente l'uso di termini vaghi, elastici come “violenza”, “minaccia”, “osceno”, “onore”. Il loro significato deve essere definito, concretizzato dall'interprete al fine di conferire, per quanto possibile, reale valore alla legalità penale»³⁹. Lo stesso sforzo è richiesto all'interprete in ordine alla locuzione «circostanze di tempo» utilizzata nell'art. 61 n. 5 c.p.

Per ovviare alla carenza di tassatività della norma penale ritengono i giudici di legittimità di fare ricorso al principio di offensività. Dunque, è sul piano ermeneutico che «viene superato lo stacco tra tipicità ed offensività. I singoli tipi di reato dovranno essere ricostruiti in conformità al principio di offensività, sicché tra i molteplici significati eventualmente compatibili con la lettera della legge si dovrà operare una scelta con l'aiuto del criterio del bene giuridico, considerando fuori dal tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto. In breve, è proprio il parametro valutativo di offensività che consente di individuare gli elementi fattuali dotati di tipicità»⁴⁰. Nell'interpretazione delle norme penali vanno pertanto privilegiate le scelte ermeneutiche che rendono le singole disposizioni applicabili solo ai fatti concretamente offensivi di un bene giuridico.

Un tale approccio, continuano i giudici di legittimità, può essere trasposto, pur con ogni cautela e con le dovute precisazioni, anche nell'ambito degli elementi accidentali del reato costituiti dalle circostanze aggravanti. Il legislatore, invero, utilizzando queste ultime attribuisce rilievo ad elementi che accrescono il disvalore della fattispecie e giustificano un trattamento sanzionatorio più severo. Le valutazioni che attengono a tali scelte normative sono le più disparate e concernono solitamente la gravità delle conseguenze del reato, le peculiarità della condotta, le connotazioni dell'atteggiamento interiore. «Tali elementi, dunque, pur non concorrendo all'individuazione dell'offesa tipica, rilevano ai fini della definizione del grado di disvalore del fatto. Pure per essi si pone, dunque, un problema interpretativo volto a cogliere nel lessico legale una portata che esprima fenomenologie significative, che giustifichino l'accresciuta severità sanzionatoria. Si tratta di assicurare che l'incremento di pena sia proporzionato al grado dell'offesa o, in una prospettiva più ampia conformata sulle peculiarità della fattispecie aggravata, alle modalità dell'aggressione del bene protetto o all'intensità dell'atteggiamento interiore. Una lettura di tale genere dovrà considerare i tratti, le finalità dell'aggravante e la portata del relativo trattamento sanzionatorio»⁴¹.

In tale ottica, solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo, ossia con il maggior disvalore della condotta derivante dall'approfittamento delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a

³⁸ Cass., Sez. Un., 30/9/2013, n. 40354, in <https://www.penalecontemporaneo.it>, con nota di G. Romeo, *Le Sezioni Unite sull'aggravate del mezzo fraudolento nel furto in supermercato* (3 ottobre 2013); *ivi* può leggersi l'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione n. 13071 del 21/3/2013, con commento di Id., *Alle Sezioni Unite una questione sul furto in supermercato aggravato dal mezzo fraudolento ed una legittimazione alla querela del responsabile dell'esercizio*, (12/4/2013).

³⁹ Cass., Sez. Un., 30/9/2013, n. 40354, cit., p. 6 delle considerazioni in diritto.

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 30/9/2013, n. 40354, cit., p. 8.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 30/9/2013, n. 40354, cit., p. 9.

svolgersi⁴². Anche se questo comporta il grave problema dell'ampliamento della discrezionalità del giudice⁴³, con annesso rischio di decisioni contrastanti.

6.- La discutibile soluzione adottata nella decisione *de qua*.

Alla luce del dibattito dottrinale e degli orientamenti giurisprudenziali precedentemente richiamati riteniamo non possa condividersi la conclusione a cui è pervenuta la Corte di Cassazione con la decisione in rassegna, nel senso che la commissione del furto in ora notturna integri meccanicamente gli estremi dell'aggravante di minorata difesa⁴⁴.

Procedendo in tal modo si finisce per alterare la funzione sostanziale delle circostanze⁴⁵ che è quella di «consentire un migliore adeguamento della risposta sanzionatoria alla gravità del reato, mediante la previsione legislativa di elementi capaci di incidere sulla gravità del fatto o sulla intensità della capacità criminale del soggetto, alla cui presenza viene collegata una variazione di pena rispetto a quella comminata per il reato privo di circostanze»⁴⁶.

E' stato sostenuto che, sul piano della *ratio*, l'aggravante in questione – non configura profili di ulteriore lesività del fatto e non pare neppure significativa di una maggiore esigibilità o capacità a delinquere del reo – acquista un senso plausibile in una prospettiva di prevenzione generale: l'ordinamento cerca di controbilanciare la particolare suggestività criminogena delle situazioni di minorata difesa con la minaccia di una pena più elevata⁴⁷.

Ora se l'elemento circostanziale assume rilevanza ai fini della valutazione della gravità del fatto e, conseguentemente, per la determinazione della risposta sanzionatoria⁴⁸, ne discende che ritenere il fatto (furto) posto in essere da Tizio aggravato dalla circostanza della minorata difesa solo perché lo ha commesso ad un'ora anziché ad un'altra, significa non tenere nel debito conto il dato normativo che ruota, essenzialmente, intorno al verbo 'profittare', nonostante i dubbi sul terreno interpretativo che il termine reca⁴⁹; quest'ultimo «sottintende la volontà di trarre vantaggio dalle circostanze inerenti la situazione data»⁵⁰. L'art. 61 stabilisce, infatti, che aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti: n. 5 «l'aver profittato di circostanze di tempo (...) tali da ostacolare la pubblica o privata difesa». L'aggravante di cui al n. 5 richiede due elementi distinti: a) l'aver profittato; e b) ostacolare la pubblica o privata difesa. Il verbo 'profittare' sta a significare, avvantaggiarsi, approfittare, giovarsi, trarre profitto, usare a proprio beneficio, ecc.⁵¹ e dunque è la norma che richiede un preciso legame tra il tempo in cui viene posto in essere il reato e il fatto di aver tratto giovamento da una tale situazione. E ancora è la stessa disposizione che richiede che la condotta dell'agente (che ha profittato) abbia almeno ostacolato la pubblica o privata difesa⁵².

⁴² Cass., Sez. IV, 5/4/2018, n.15214, cit.; nello stesso senso da ultimo Cass., Sez. IV, 1/6/2018, n. 24727, in <https://www.ristretti.org>.

⁴³ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da illustre dottrina cfr. M. Gallo, *Appunti di diritto penale*. III. *Le forme di manifestazione del reato*, con la collaborazione di M. Amisano, Torino 2003, 50 s.

⁴⁴ Secondo F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 405, «il solo tempo di notte non integra di per sé l'aggravante».

⁴⁵ Sul carattere 'polifunzionale' delle circostanze cfr. A. Manna, *Circostanze del reato*, cit., 1 s.

⁴⁶ Cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 513.

⁴⁷ In tali termini cfr. A. Vallini, *Circostanze*, cit., 43.

⁴⁸ Cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*⁶, cit., 385.

⁴⁹ Sulla non univocità del termine 'profittare' cfr. E. Venafro, *sub art. 61*, in *Codice penale*⁴, T. Padovani (cur.), Tomi I (artt. 1-413), G. De Francesco-G. Fidelbo, (coord.), Milano 2007; A. Massaro, *sub art. 61*, G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol. II, *Il reato* – Libro I. Artt. 38-84, M. Gambardella, (coord.) *Aggiornamento*, Milano 2015, 684.

⁵⁰ Così G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 436

⁵¹ Interpreta il vocabolo 'profittare' nel senso di avvantaggiarsi intenzionalmente F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 444; ricostruisce il termine 'profittare' nel senso di valersi intenzionalmente dei vantaggi offerti dalla presenza di determinate condizioni, V. Manzini, *Trattato*, cit., 202.

⁵² Sul verbo 'profittare' che non può non essere investito dal dolo cfr. A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*³, Padova 2015, 776.

Il verbo ‘ostacolare’ d’altro canto implica una valutazione che abbia ridotto o comunque osteggiato, contrastato e, quindi, reso più difficile la difesa del soggetto passivo – pur senza renderla del tutto o quasi impossibile – favorendo in concreto la commissione del reato⁵³.

Le ore notturne possono rivelarsi ininfluenti, come nel caso ad esempio di un furto commesso in una festa da ballo⁵⁴ o, addirittura, un intralcio per il ladro maldestro.

Tutto ciò appare incompatibile con la mera consumazione del reato, aggravato solo perché verificatosi in ore notturne.

⁵³ Sul punto cfr. A. Massaro, *sub art. 61*, cit., 685

⁵⁴ L’esempio è tratto da V. Manzini, *Trattato*, cit., 203.