

LA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELLA MINORATA DIFESA (ART. 61 N. 5 C.P.) NELL'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE*

Elio Lo Monte**

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- La locuzione ‘circostanze di tempo’; 3.- ...‘di luogo’; 4.- ... ‘o di persona’; 5.- Il principio di diritto di cui alla pronuncia n. 40275/2021 delle Sezioni Unite. 6.- Una riflessione di sintesi.

1.- Premessa.

Secondo la manualistica corrente la circostanza aggravante della c.d. ‘minorata difesa’ – di natura oggettiva¹, anche se non mancano voci che sostengono la natura soggettiva in quanto il verbo ‘profittare, utilizzato nella norma, implicherebbe l'avvantaggiarsi intenzionalmente – attiene alla minore capacità di difesa o autodifesa della vittima; condizioni (durature o transeunte, inerenti al ‘luogo’, al ‘tempo’ o alla ‘persona’ che attenuano la possibilità di difesa del soggetto passivo) che devono essere note all’agente come si ricava dalla norma nel richiedere che di esse il colpevole abbia ‘profittato’. Il verbo *profittare* sottintende, appunto, la volontà di trarre vantaggio dal contesto inerente alla situazione data e che, dunque, l’agente abbia la consapevolezza dello stato di vulnerabilità in cui versa il soggetto passivo. Si tratta, in sostanza, di situazioni connesse a fattori ambientali o personali per effetto delle quali la vittima non può difendersi né essere difesa in modo adeguato.

La stringatezza della disposizione normativa ha dato luogo ad una varietà di applicazioni giurisprudenziali attraverso la valorizzazione specifici aspetti legati ai singoli casi, di volta in volta, affrontati.

La dottrina non ha dedicato grande attenzione alla questione e, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. Un. n. 40275/2021), i pochi Autori che se ne sono occupati hanno aderito, con sintetiche argomentazioni, ad un orientamento giurisprudenziale che vuole la sussistenza di vari elementi ai fini della configurabilità della circostanza della minora difesa, recependo, in tal modo, il *dictum* di decisioni giurisprudenziali condivise. La dottrina finisce per ottimizzare, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 5, c.p., ad esempio, «l'ora notturna solo se accompagnata da altre circostanze» o «condizioni che rivelino una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata», ovvero precisando che «il solo tempo di notte non integra di per sé l'aggravante», poiché occorre l'accertamento in concreto della diminuita capacità di difesa, non bastando l'idoneità astratta delle circostanze.

*Intervento su: “*La circostanza aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) nell'applicazione giurisprudenziale*”, svolto al seminario di approfondimento in Diritto penale su: “*Le circostanze aggravanti del reato negli orientamenti giurisprudenziali*”.

**Professore Ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell’Università degli Studi di Salerno.

¹ In giurisprudenza si ritiene che la circostanza aggravante in questione abbia natura oggettiva e sia, pertanto, integrata per il solo fatto, obiettivamente considerato, del ricorrere di condizioni utili a facilitare il compimento dell’azione criminosa, a nulla rilevando che dette condizioni siano maturate occasionalmente o indipendentemente dalla volontà dell’agente (Sez. 1, n. 39349/2019; fattispecie in tema di omicidio; Sez. 1, n. 39560/2019; Sez. 5, n. 14995/2005, fattispecie relativa ad omicidio commesso nei confronti di una donna all’ottavo mese di gravidanza, che si trovava sola nella propria abitazione; Sez. 2, n. 44624/2004, fattispecie relativa ad omicidio commesso in zona isolata ed in ora notturna, approfittando anche della presenza di alberi utili a nascondere gli esecutori in agguato).

La giurisprudenza ha avuto un andamento alquanto contrastante almeno fino all'intervento della Corte suprema che, nella più alta composizione (Sez. Un. n. 40275/2021), ha posto, in maniera apprezzabile, un punto fermo in ordine ai requisiti per la configurabilità della circostanza della difesa minorata.

2.- La locuzione ‘circostanze di tempo’.

In via di estrema sintesi: un primo orientamento opera una lettura alquanto amplificatrice della disposizione ritenendo che la commissione del reato ‘in tempo di notte’ integri di per sé gli estremi della circostanza aggravante della minorata difesa (Sez. 2, n. 2947/1980, in tema di furto in un museo di un centro urbano). Nello stesso senso si pone anche un'altra decisione (Sez. 5, n. 34/1969, in tema di violazione di domicilio) laddove afferma che «è maggiore la possibilità di eludere la vigilanza interna ed esterna, mentre più facile è la probabilità di sottrarsi ad una sorpresa o ad un riconoscimento») e, più recentemente, è stato ribadito (Sez. 5, n. 20480/2018) che la commissione di un furto in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante di minorata difesa, posto che la ratio dell'istituto in esame risiede nel fatto che non si richiede che la pubblica o privata difesa sia del tutto impossibile, ma che essa sia semplicemente ostacolata (Sez. 2, n. 2916/2019, dep. 2020).

In linea con la predetta impostazione altre decisioni specificano la portata della formula ‘in tempo di notte’ affermando che integra la circostanza aggravante della minorata difesa soltanto, se sia verificato in concreto, il conseguimento di una effettiva minorazione delle capacità di difesa pubblica o privata (Sez. 2, n. 352/1969 laddove pone in risalto che il reato era stato commesso agendo in ora notturna, mentre il derubato dormiva, in un piccolo paese privo, durante la notte, di vigilanza da parte degli organi di polizia). Orientamento, questo, successivamente ribadito da altra pronuncia (Sez. 2, n. 9088/1991) nella misura in cui viene sostenuto che «la commissione del reato in tempo di notte è idonea ad integrare la circostanza aggravante de qua (sia a causa della ridotta vigilanza pubblica che in queste ore viene esercitata nelle pubbliche vie, sia a causa delle minori possibilità per i privati di sorveglianza dell'appartamento), ma resta ferma la necessità di verificare in concreto il ricorrere degli ordinari attributi del tempo di notte (ad es., accidentalmente il soggetto passivo poteva essere sveglio, oppure la sua abitazione poteva trovarsi in zona particolarmente frequentata anche di notte) o di circostanze fattuali ulteriori, atte a ripristinare le ordinarie possibilità di difesa (ad es., l'esistenza di sistemi di allarme)».

Nell'ambito dello stesso orientamento non sono mancate intonazioni (Sez. 2, n. 5266/2005, dep. 2006) che hanno valorizzato la motivazione in ordine alla correlazione tra la commissione del reato in tempo di notte e il concreto ostacolo alle possibilità di difesa della vittima del fatto criminoso (anche Sez. 5, n. 7433/2011; Sez. 5, n. 19615/2011, reato commesso di notte in luogo non illuminato; Sez. 5, n. 32244/2015, per la quale è sufficiente valorizzare la commissione del fatto in tempo di notte, in considerazione delle sue ordinarie conseguenze: ridotta vigilanza nelle pubbliche vie; minore possibilità della presenza di terzi; mancanza dell'ordinaria vigilanza da parte del proprietario, purché non ricorrono circostanze concrete di segno contrario idonee a rimuovere l'ostacolo alle possibilità di difesa pubblica o privata).

In senso contrario va segnalato quell'orientamento di legittimità secondo il quale la commissione del reato ‘in tempo di notte’ non costituisce, di per sé, un elemento determinante ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto. Invero, quest'ultima risulta configurabile soltanto quando con essa concorrono altre circostanze di fatto idonee a menomare, in concreto, le capacità di pubblica o privata difesa. La commissione del reato ‘in tempo di notte’ costituirebbe, pertanto, elemento di per

sé *neutro*, suscettibile di essere valorizzato ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto solo se, ed in quanto, con esso concorrono ulteriori circostanze fattuali, anche di natura diversa (risalenti nel tempo si vedano Sez. 1, n. 346/1987, dep. 1988; Sez. 2, n. 6694/1976; Sez. 1, n. 475/1968; più recentemente Sez. 2, n. 3598/2011, per la quale, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, se il tempo di notte, di per sé solo, non realizza automaticamente tale aggravante, con esso possono concorrere altre condizioni che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata, non essendo necessario che tale difesa si presenti impossibile ed essendo sufficiente che essa sia stata soltanto ostacolata. Sotto altri profili, ma pur sempre in linea con l'orientamento appena richiamato, è stata sostenuta (Sez. 5, n. 9569/2021) la rilevanza di circostanze estrinseche ulteriori, ovvero l'essere stati i furti compiuti non soltanto di notte, ma in luoghi isolati o comunque lontani dal centro cittadino (Sez. 2, n. 20327//2021, nella fattispecie è stata annullata la sentenza impugnata perché, pur avendo la Corte di appello motivato la configurazione della circostanza aggravante *de qua* valorizzando il fatto che l'azione criminosa furtiva in danno di uno sportello Bancomat era stata in concreto facilitata dal fatto di essere stata perpetrata in tempo di notte, in difetto di vigilanza del proprietario, non erano state tuttavia individuate ulteriori circostanze fattuali atte ad ingenerare in concreto la necessaria situazione di minorata difesa).

3.- ... 'di luogo'.

Anche la locuzione 'circostanze di luogo' non ha visto uniformità di applicazioni; la giurisprudenza si è soffermata, ad esempio, sul ruolo da assegnare – ai fini dell'esclusione dell'ostacolo alla difesa pubblica o privata contro reati commessi in tempo di notte – della predisposizione nel *locus commissi delicti* di un sistema di videosorveglianza.

Un orientamento escludeva la circostanza aggravante *de qua* attribuendo rilevanza all'esistenza di un sistema di videosorveglianza, previa verifica concreta della sua efficacia (Sez. 5, n. 32813/2019; Sez. 5, n. 13806/2020). Quest'ultima decisione, dopo aver premesso la necessità della verifica in concreto dell'incidenza della commissione del reato in tempo di notte sulle possibilità di difesa pubblica e privata, annullava la sentenza impugnata per non aver valutato la possibile incidenza della presenza di un impianto di videosorveglianza sull'effettività dell'ostacolo alla difesa derivante dal fatto che la condotta furtiva era stata posta in essere in tempo di notte, pur essendosi dato atto che grazie ad esso il furto non era stato consumato.

Un altro orientamento riteneva, invece, che la predisposizione in loco di un sistema di videosorveglianza non faceva venir meno, di per sé, la situazione di minorata difesa, limitandosi unicamente a consentire *ex post* una più rapida identificazione del ladro (Sez. 4, n. 10060/2019).

4.- ... 'o di persona'.

Il riferimento alla circostanza 'di persona' – non diversamente dalle altre locuzioni – ha posto in evidenza difformità applicative. Secondo un primo orientamento l'età avanzata della persona offesa non realizza una presunzione assoluta di minorata difesa per la ridotta capacità di resistenza della vittima, in quanto deve essere valutato il ricorrere di situazioni che denotino la particolare vulnerabilità dell'anziano soggetto passivo dalla quale il soggetto agente abbia tratto consapevolmente vantaggio, ovvero la scarsa lucidità o incapacità di orientarsi secondo criteri di normalità da parte della vittima, con conseguente agevolazione della condotta criminosa in suo danno (Sez. 2, n. 35997/2010; ugualmente Sez. 5, n. 38347/2011, fattispecie in tema di furto di danaro in

danno di un anziano; Sez. 2, n. 8998/2014, dep. 2015; Sez. 2, n. 47186/2019, fattispecie di truffa perpetrata in danno di una donna di 73 anni, in riferimento alla quale è stata esclusa la configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa in ragione della vigile attenzione reattiva ai raggiri prestata dalla persona offesa e della prontezza mostrata nel raccogliere elementi utili all'identificazione dell'agente; Sez. 2, n. 37865/2020, secondo cui «l'età avanzata che, sulla base di massime di esperienza, risulta associata ad una minore reattività fisica e cognitiva e rileva dunque nei reati che richiedono una interazione diretta con la vittima, è un indice 'relativo' di vulnerabilità che deve essere sottoposto ad un vaglio giudiziale che ne confermi o svaluti la rilevanza). Il processo di invecchiamento non è infatti omogeneo e, mentre alcune persone possono avere un rapido (e persino anomalo) decadimento cognitivo, altre possono mantenere lucidità e capacità reattiva a lungo, nonostante l'incidere dell'età; meno discontinuità si rinvengono nella perdita di reattività 'fisica', inevitabile con l'incidere dell'età. Ricondotta l'età avanzata ad indice non assoluto, ma relativo di vulnerabilità sarà compito del giudice di merito valutare se nella interazione con l'autore del reato l'età della vittima abbia svolto un ruolo agevolatore a causa del decadimento fisico o cognitivo dell'offeso.

In senso opposto è stato sostenuto (Sez. 5, n. 12796/2019) – con riferimento ai reati che presuppongono l'interazione tra l'autore del fatto e la vittima (nella specie, furto con strappo) – che ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 61, co. 1 n. 5, c.p., l'agevolazione all'agire illecito derivante dall'età avanzata della persona offesa è *in re ipsa*, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa. In ossequio ad una massima di esperienza di indiscutibile affidabilità, sostengono i giudici di legittimità nella richiamata decisione, non può dubitarsi che una persona offesa di età avanzata sia maggiormente vulnerabile di una giovane, perché dotata di una capacità di attenzione e di reazione decisamente più ridotta (il che, di conseguenza, costituisce un'obiettiva agevolazione per l'autore del reato), e che tale vulnerabilità venga in rilievo precipuamente nei casi in cui il reato presupponga un'interazione tra soggetto agente e vittima, nella quale potrebbe, in teoria, insinuarsi la reazione della persona offesa e non già in altre situazioni in cui tale interazione non vi sia perché il reato prescinde dai contatti autore-vittima. Non può, quindi, negarsi che i reati che producono un impatto sulla sfera fisica o psichica del soggetto passivo da parte dell'autore, e la cui buona riuscita dipenda dalla maggiore o minore capacità di reazione all'offesa da parte della vittima «rechino in re ipsa la dimostrazione quantomeno dell'agevolazione derivata dall'età avanzata della vittima, senza che sul giudice debba gravare un onere motivazionale specifico ed ulteriore (rispetto al rilievo del dato obiettivo dell'età) che appare superfluo, alla luce della massima di esperienza sopra ricordata (nello stesso senso: Sez. 5, n. 1555/2019, dep. 2020, fattispecie nella quale la circostanza aggravante della minorata difesa è stata configurata sulla base dell'avanzata età senile delle vittime, una signora ultracentenaria ed una ultraottantenne; Sez. 5, n. 40476/2019; Sez. 5, n. 40476/2019; Sez. 2, n. 46677/2019; Sez. 2, n. 3851/2019, dep. 2020, fattispecie nella quale la circostanza aggravante *de qua* era stata contestata e ritenuta non solo in relazione all'età avanzata delle persone offese – due donne, una di sessantanove anni, l'altra di settantasette anni – ma anche valorizzando il fatto che esse erano state «selezionate con cura dagli imputati in quanto si trovavano a passeggiare da sole per la via e quindi impossibilitate a sollecitare l'aiuto di terzi»; pertanto, «non solo il requisito anagrafico era idoneo a minare le possibilità di resistenza e difesa, ma a ciò si è aggiunto il complessivo contesto spazio-temporale nel quale si sono sviluppate le azioni di reato»).

5.- Il principio di diritto di cui alla pronuncia n. 40275/2021 delle Sezioni Unite.

La Quinta Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 10778/2021, disponeva la rimessione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, c.p.p., rilevando l'esistenza di contrasti interpretativi in ordine alla sufficienza della commissione del reato 'in tempo di notte' ai fini dell'integrazione della condizione di minorata difesa prevista come circostanza aggravante dall'art. 61, co. 1 n. 5, c.p., questione rilevante ai fini della decisione, in considerazione della sorveglianza assicurata in loco, anche in tempo di notte, da dispositivi di videoripresa e dal servizio di vigilanza privata.

Alle Sezioni Unite era rimesso il seguente quesito: «se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.».

La Corte nella massima composizione, dopo essersi esaustivamente soffermata sui vari orientamenti giurisprudenziali – alla cui decisione si rinvia – non solo con riferimento al 'tempo di notte' (ma anche con riguardo alla circostanza di luogo o di persona come precedentemente e schematicamente anticipato) perviene al seguente principio di diritto: «ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c. d. "minorata difesa", prevista dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente ha profittato in modo tale da ostacolare la predetta difesa, devono essere accertate alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatto atti a dimostrare la particolare situazione di vulnerabilità – oggetto di profittamento – in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato»; «la commissione del reato "in tempo di notte" può configurare la circostanza aggravante in esame, sempre che sia raggiunta la prova che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrono circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto».

A tale principio si è, da ultimo, adeguata la Corte di legittimità (sentenza n. 37866/2025) che nell'affrontare la questione sottese alla portata dell'aggravante della 'difesa minorata' è pervenuta ad una condivisibile conclusione nella misura in cui ha valorizzato «lo specifico contesto spazio temporale in cui si sono verificate le vicende storico-fattuali oggetto d'imputazione, sì da enucleare, in concreto, l'effettivo ostacolo alla pubblica e privata difesa che è derivato dalla commissione del reato nella circostanza in concreto valorizzata» (nel caso di specie si trattava della rilevanza 'di tempo e di luogo' con riferimento alla calca di persone presente in occasione di festa religiosa presso un santuario). Nel dichiarare inammissibili i ricorsi degli imputati la Corte di legittimità ha ritenuto priva di incongruenze la ricostruzione del giudice di merito il quale ha, in concreto, valutato gli elementi a supporto della ricorrenza della circostanza, riscontrandone il fondamento da ravvisare nel maggior disvalore che la condotta assume nei casi in cui l'agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui quest'ultima viene a svolgersi, senza che la difesa si sia realmente confrontata con la motivazione.

6.- Una riflessione di sintesi.

Le conclusioni delle Sezioni Unite vanno certamente condivise perché conferiscono a delle formule neutre (circostanze di tempo, di luogo o di persona) un ambito applicativo ben definito che scaturisce dal vantaggio conseguito dall'agente. Un furto ad esempio commesso nottetempo può essere meno pericoloso di quello commesso all'imbrunire perché, ad esempio, le condizioni atmosferiche erano meno favorevoli al reo. Lo stesso può dirsi per la situazione riferita alla persona o al luogo; una vittima ultrasettantenne esperta in arti marziali avrà maggiori possibilità di difendersi rispetto ad una

persona, seppure più giovane, priva di qualunque capacità difensiva; l'età non può da sola costituire condizione autosufficiente ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 5 c.p. Nel caso di reati commessi in danno di persone anziane, anche dopo le modifiche apportate dalla l. n. 94/2009, occorre accertare, pertanto, se si sia in presenza di una complessiva situazione di approfittamento della particolare vulnerabilità emotiva e psicologica propria dell'età senile. Secondo i giudici di legittimità «a seguito delle modificazioni legislative, l'età avanzata della vittima del reato rileva in misura maggiore, attribuendo al giudice di verificare, allorché il reato sia commesso in danno di persona anziana, se la condotta criminosa posta in essere sia stata agevolata dalla scarsa lucidità o incapacità di orientarsi da parte della vittima nella comprensione degli eventi secondo criteri ai normalità» (sentenza n. 30340/2016).

La norma, non va dimenticato, utilizza il termine ‘profittare’ e, dunque, la configurabilità della circostanza va parametrata sul beneficio che l’agente ha tratto da quella determinata situazione. È necessario valutare se lo stato particolare in cui si trovava la vittima del reato era tale ‘da ostacolare la pubblica o privata difesa’ e se di siffatta condizione l’agente ha ‘profittato’. A venire in rilievo è, pertanto, ogni contesto che possa mettere il soggetto passivo in una posizione di debolezza e, quindi, all’opposto porre l’agente in una posizione di maggiore capacità offensiva.

In tale ottica si comprende la decisione assunta dalla Corte di legittimità (sentenza n. 2902/2022) quando ha sostenuto, ad esempio, che sussiste l’aggravante della minorata difesa di cui all’art. 61 n. 5 c.p., nell’ipotesi di truffa commessa attraverso la vendita di prodotti ‘on-line’, poiché in tal caso la distanza tra il luogo ove si trova la vittima e quello in cui, invece, si trova l’agente determina una posizione di maggior favore di quest’ultimo, che può facilmente schermare la sua identità, fuggire e non sottoporre il prodotto venduto ad alcun efficace controllo preventivo da parte dell’acquirente.

Abstract.- La circostanza aggravante della minorata difesa per la stringatezza delle locuzioni adoperate si presta alle applicazioni più disparate, come si ricava dai diversi orientamenti giurisprudenziali. La Corte di Cassazione con la decisione n. 40275/2021 assunta nella massima composizione svolge condivisibili osservazioni in ordine alle condizioni per la configurabilità della circostanza prevista dall’art. 61 n. 5 c.p. La giurisprudenza successiva si adegua a tale impostazione valorizzando un’analisi di tutti gli elementi che hanno arrecato un vantaggio all’autore del fatto criminoso e una ridotta possibilità di difesa alla vittima. La norma, non va dimenticato, utilizza il termine ‘profittare’ e, dunque, la configurabilità della circostanza va parametrata sul beneficio che l’agente ha tratto da quella determinata situazione. È necessario valutare se lo stato particolare in cui si trovava la vittima del reato era tale ‘da ostacolare la pubblica o privata difesa’ e se di siffatta condizione l’agente ha ‘profittato’. A venire in rilievo è, pertanto, ogni contesto che possa mettere il soggetto passivo in una posizione di debolezza e, quindi, all’opposto porre l’agente in una posizione di maggiore capacità offensiva.

The aggravating circumstance of diminished defence due to the conciseness of the language used lends itself to the most diverse applications, as can be seen from the various case law orientations. The Court of Cassation, in its decision no. 40275/2021, made in its full composition, makes acceptable observations regarding the conditions for the applicability of the circumstance provided for in Article 61 no. 5 of the Criminal Code. Subsequent case law has adapted to this approach, emphasising an analysis of all the elements that have brought an advantage to the perpetrator of the crime and a reduced possibility of defence to the victim. It should not be forgotten that the provision

uses the term “profit” and, therefore, the applicability of the circumstance must be based on the benefit that the perpetrator derived from that particular situation. It is necessary to assess whether the particular state in which the victim of the crime found themselves was such as to “hinder public or private defence” and whether the perpetrator “took advantage” of this condition. Therefore, any context that could place the passive subject in a position of weakness and, therefore, conversely place the agent in a position of greater offensive capacity, is relevant.