

Furto di notte e minorata difesa: parola alle Sezioni Unite

La commissione del furto in ora notturna integra per ciò solo l'aggravante della minorata difesa? (Cassazione, ordinanza n. 10778/2021).

Pubblicato il 06/04/2021



Con l'ordinanza 12-19 marzo 2021, n. 10778 (testo in calce) la V Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione ha sottoposto il contrasto interpretativo al più autorevole Consesso.

Il fatto

Il provvedimento scaturisce dall'impugnazione, in sede di legittimità, della sentenza di condanna per furto aggravato in concorso emessa nei confronti degli imputati, rei di essersi introdotti di notte all'interno del piazzale di una ditta, bypassando l'impianto di videosorveglianza, e di aver sottratto diversi bancali in legno, ivi giacenti, per poi caricare i reperti su di un furgone all'uopo noleggiato.

In particolare, era stata ritenuta l'esposizione delle *res* alla pubblica fede, in quanto custodite all'interno di un luogo privato recintato ma facilmente accessibile ed era stata, del pari, reputata sussistente l'aggravante di minorata difesa, in considerazione del tempo di notte in cui l'azione era stata consumata.

Con il ricorso le difese avevano prospettato violazione della legge penale in riferimento all'aggravante di cui all'[art. 61 c.p., n. 5](#), per avere la Corte territoriale

ritenuto *tout court* ricorrente una condizione di minorata difesa in correlazione al solo tempo di notte in cui si era consumata l'azione antigiuridica, abdicando alla verifica dell'approfittamento di condizioni tali da ostacolare la pubblica e privata difesa, anche tenuto conto del sistema di videosorveglianza e del presidio di vigilanza privata del sito.

Il Procuratore generale aveva richiesto emettersi declaratoria di inammissibilità dei ricorsi.

La sentenza

La Sezione assegnataria del ricorso ha ravvisato un contrasto interpretativo sulla questione posta con le comuni censure delle difese.

Ed invero, una prima e più risalente opzione esegetica ritiene che la commissione del reato in ora notturna integri di per sé gli estremi dell'aggravante della minorata difesa: ciò, da un lato valorizzando la ratio dell'istituto, che non richiede l'assoluta impossibilità della pubblica o privata difesa, ma il semplice ostacolo della stessa, dall'altro valorizzando la ridotta vigilanza pubblica e privata che nelle ore notturne viene esercitata.

Un orientamento maggioritario esclude, invece, che, ai fini della configurabilità della minorata difesa, il tempo di notte *ex se* possa realizzare automaticamente l'aggravante in disamina.

Secondo siffatta opzione interpretativa, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, è necessario che la pubblica o privata difesa sia stata concretamente ostacolata, senza che rilevi la mera astratta idoneità di una situazione, quale il tempo di notte.

Affinché il tempo di notte possa assumere rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'aggravante prevista dall'[art. 61 c.p., comma 1, n. 5](#), è necessario che abbia in

concreto, per il concorso di altre circostanze, agevolato l'agente nell'esecuzione del reato.

Tale opzione ermeneutica assicura, per le sentenze in cui è espressa, una più adeguata rispondenza della fattispecie circostanziale al principio di offensività - secondo cui l'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattarle alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi - nonché la coerenza della sua applicazione 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 si svolge.

Non si può del resto trascurare che la circostanza aggravante in esame, come tutte le circostanze aggravanti, sia suscettibile di determinare un aggravamento sanzionatorio in funzione di una situazione in cui si accentuano le potenzialità lesive di determinate condotte, aggressive di beni giuridici: in ragione di ciò l'incremento sanzionatorio sottostante non dovrebbe discendere da un'astratta valutazione dei fatti, ma dalla concreta possibilità che dalla situazione reale l'agente abbia effettivamente tratto un vantaggio, per via della obiettiva portata offensiva della sua condotta.

Orbene, permanendo il contrasto sopra descritto la Corte ha ritenuto imprescindibile l'intervento del Supremo Consesso anche in ragione delle implicazioni connesse all'esatta delimitazione dell'aggravante in questione (si pensi per esempio all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'[art. 55 c.p., comma 2](#), come introdotto dalla L. 26 aprile 2019, n. 36, che richiama le condizioni di cui all'[art. 61 c.p., comma 1, n. 5](#)).

Ha pertanto rimesso alle Sezioni Unite la risposta al quesito se il furto commesso in tempo di notte possa per ciò solo considerarsi aggravato ai sensi dell'[art. 61 n. 5](#).

[CASSAZIONE PENALE, ORDINANZA 10778/2021 >> SCARICA IL TESTO PDF](#)

( da [www.altalex.com](http://www.altalex.com) )

**SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE**

**SEZIONE V PENALE**

**Ordinanza 12-19 marzo 2021, n. 10778**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUINTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE GREGORIO Eduardo - Presidente -

Dott. PEZZULLO Rosa - Consigliere -

Dott. SETTEMBRE Antonio - Consigliere -

Dott. PISTORELLI Luca - Consigliere -

Dott. TUDINO A. - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso proposto da:

C.E.A., nato a (OMISSIS);

P.A., nato a (OMISSIS);

avverso la sentenza del 18/04/2016 della CORTE APPELLO di ANCONA;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Dr. ALESSANDRINA TUDINO;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Dr. LOCATELLI GIUSEPPE, che ha concluso chiedendo emettersi declaratoria di inammissibilità dei ricorsi.

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 18 aprile 2016, la Corte d'appello di Ancona ha, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Macerata in data 22 novembre 2015, emessa all'esito del giudizio abbreviato, rideterminato - per quanto ancora di interesse - la pena irrogata a C.E.A. e P.A. per il reato di furto in concorso, aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 5, art. 625 c.p., nn. 5 e 7 e dalla recidiva, confermando nel resto.

1.1. Agli imputati C.E.A., P.A. e Ce.Ma. è stata contestata la sottrazione di diciassette bancali in legno, giacenti sul piazzale della ditta "X. di A.C. s.r.l.", all'interno del quale gli agenti si erano introdotti di notte, scavalcando la sbarra posta a presidio dell'accesso e caricando i reperti su di un furgone all'uopo noleggiato.

Il Tribunale di Macerata ha affermato, all'esito della convalida dell'arresto in flagranza, la responsabilità penale degli imputati per il reato ai medesimi ascritto e, esclusa la recidiva contestata al P. e riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p., reputata equivalente alle aggravanti, li ha condannati alla pena ritenuta di giustizia, con il beneficio della sospensione condizionale.

1.2. Con l'atto d'appello, gli imputati C.E.A. e P.A. avevano censurato la sussistenza delle aggravanti, il diniego delle attenuanti generiche e, in genere, la determinazione del trattamento sanzionatorio.

La Corte territoriale ha reputato infondate le censure rivolte alla sussistenza delle aggravanti, al diniego delle attenuanti generiche e - per il C. - dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 6.

In particolare, è stata ritenuta l'esposizione delle res alla pubblica fede, in quanto custodite all'interno di un luogo privato recintato ma facilmente accessibile, non costituendo ostacolo all'introduzione la presenza di un impianto di videosorveglianza - nel caso concreto, peraltro, manipolato tanto da disorientare la ripresa dell'ingresso del sito in quanto inidoneo ad impedire l'ingresso e la sottrazione.

E' stata, del pari, reputata sussistente l'aggravante di minorata difesa, in considerazione del tempo di notte in cui l'azione è stata consumata.

Esclusa l'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 6, in ragione dell'esigua entità della somma offerta dal C., e la ricorrenza di elementi positivi atti a giustificare la concessione delle attenuanti generiche, la Corte territoriale ha rideterminato la pena in melius per entrambi gli imputati, in considerazione dell'effettiva gravità della condotta e del valore dei beni sottratti.

2. Avverso la sentenza della Corte d'appello di Ancona hanno proposto ricorso, con distinti atti, gli imputati C.E.A. e P.A..

2.1. Con il ricorso, a firma del difensore, Avv. Francesca Marinelli, P.A. articola un unico motivo, con il quale deduce violazione di legge in riferimento alle aggravanti, ritenute sussistenti pur in presenza di un servizio di vigilanza privata.

2.2 C.E.A., per mezzo del difensore, Avv. Massimo Pistelli, deduce due motivi.

2.2.1. Con il primo, censura violazione di legge in riferimento all'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5, ritenuta alla stregua del mero dato cronologico relativo al tempus commissi delicti, senza valutazione alcuna dell'effettiva sussistenza di una condizione di minorata difesa.

2.2.2 Con la seconda doglianza, deduce vizio della motivazione quanto al diniego delle attenuanti generiche, avendo al riguardo la Corte territoriale svalutato il comportamento processuale dell'imputato.

3. Con requisitoria scritta, il Procuratore generale ha richiesto emettersi declaratoria di inammissibilità dei ricorsi.

### Motivi della decisione

Le comuni censure, articolate dai ricorrenti sul punto relativo alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5, prospettano violazione della legge penale per avere la Corte territoriale ritenuto tout court ricorrente una condizione di minorata difesa in correlazione al solo tempo di notte in cui si è consumata l'azione antiggiuridica (f. 5 sentenza impugnata), abdicando alla verifica dell'approfittamento di condizioni tali da ostacolare la pubblica e privata difesa, anche tenuto conto della sorveglianza, assicurata da dispositivi di videoripresa e dal servizio di vigilanza privata, posti a presidio del sito; questione rilevante in quanto l'impugnazione di plurime aggravanti s'appalesa idonea ad incidere sulla determinazione della cornice edittale e sul giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee.

1.1 ricorsi devono essere rimessi alle Sezioni Unite per la risoluzione del contrasto, delineatosi nella giurisprudenza di questa Corte, relativamente al "Se il furto commesso in tempo di notte debba ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 5".

1.1. In riferimento all'aggravante dell'aver profittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, prevista dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5), questa Corte ha, anche di recente e in via generale (tra le ultime Sez. 6, n. 18485 del 15/01/2020, Cannata, Rv. 279302 in fattispecie di peculato posto in essere dal cancelliere, appropriatosi delle somme riscosse a titolo di sanzioni penali e spese di giustizia, per aver profittato dell'affidamento che in lui era riposto dai dirigenti, dal personale e dall'utenza dell'ufficio giudiziario, cui era stato per anni addetto quale unico funzionario; Sez. 2, n. 47186 del 22/10/2019, PMT c/ Bona, Rv. 277780 in tema di truffa e presunzione assoluta di minorazione delle capacità di resistenza della vittima settantatreenne; Sez. 2, n. 23153 del 19/12/2018 - dep. 2019, 0. Rv. 276655, in tema di violenza sessuale di gruppo; Sez. 2, n. 40045 del 17/07/2018, Onnis, Rv. 273900 in fattispecie di truffa on line), riaffermato come la minorata difesa sia integrata della ricorrenza di condizioni che siano concretamente agevolative del compimento dell'azione criminosa.

Si è, in tal senso, valorizzato lo "specifico contesto spazio-temporale delle vicende storico-fattuali", sì da enucleare, in concreto, quel peculiare profilo di approfittamento di circostanze di tempo e di luogo tali da ostacolare la pubblica e privata difesa, in linea con l'esigenza di interpretazione conforme a Costituzione delle norme incriminatrici e di quelle che ne aggravano la dimensione sanzionatoria, che non tollerano automatismi fondati su presunzioni assolute (Corte Cost. n. 48/2015, 213/2013, 57/2013, 110/2012, 331/2011, 164/2011, 265/2010, n. 354/2002 e n. 370/1996).

Analogo standard è stato postulato per la verifica in concreto della condizione di "minorata difesa" della vittima richiesta dall'art. 613-bis c.p. (Sez. 5, n. 50208 del 11/10/2019, S., Rv. 277841; N. 47079 del 2019 Rv. 277544); fattispecie in cui la predetta condizione svolge la funzione di elemento tipico specializzante, e per la cui dimostrazione vanno valorizzate le condizioni personali e ambientali che facilitino l'azione criminale e che rendano effettiva la signoria o il controllo dell'agente sulla vittima, agevolando il depotenziamento, se non l'annullamento, delle capacità di reazione di quest'ultima.

E' stato, ulteriormente, ribadito come l'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5 abbia natura oggettiva, ed è pertanto integrata per il solo fatto, obiettivamente considerato, della ricorrenza di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa (Sez. 1, n. 39560 del 06/06/2019, Souhi Mahdi, Rv. 276871 in fattispecie di rissa aggravata dalla morte; n. 14995 del 2005 Rv. 231359, N. 44624 del 2004 Rv. 230244, N. 1319 del 2011 Rv. 249420, N. 40293 del 2013 Rv. 257248).

1.2. Tra le condizioni agevolative del compimento dell'azione criminosa, il tempo di notte è stato al centro di una estesa elaborazione ermeneutica in tema di furto, muovendo dalla tradizione romanistica che riservava all'aggravante la massima pena.

Il fondamento della predetta aggravante è stato, dunque, generalmente ravvisato, in ossequio al principio di offensività, nel maggior disvalore che la condotta assume laddove l'agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione viene a svolgersi.

Del resto, tale ratio è chiaramente evincibile dalla Relazione al Re sul codice penale del 1930, nella parte in cui il Guardasigilli chiariva che "il concetto non ha che due limiti: la specie della circostanza (tempo, luogo, persona) e la potenzialità di essa ad ostacolare, diminuire la difesa pubblica o privata", non mancandosi, tuttavia, di precisare che "Il tempo di notte, ad es., costituirà aggravante, solo se la difesa sia stata o ne potesse essere ostacolata; così il furto commesso di notte, ma in luogo ove vi sia concorso di gente, ad es., in una festa da ballo, non sarà aggravato".

2. Quanto alla incidenza, sull'apprezzamento della gravità del fatto, delle circostanze di tempo del reato e, specificamente, del tempo di notte, si registrano nella giurisprudenza di questa Corte massime di orientamento che declinano una diversa accentuazione della minorata difesa.

2.1. Secondo una prima e più risalente opzione interpretativa la commissione del reato in ora notturna integra di per sè gli estremi dell'aggravante della minorata difesa.

2.1.1. Riprendendo il tradizionale orientamento (N. 34354 del 2009 Rv. 244988; Sez. 2, n. 2947 del 13/10/1980 - dep. 1981, Marino, Rv. 148284) e precisando come, sebbene il tempo di notte non sia espressamente previsto dalla norma relativa alla circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5 alla stessa, tuttavia, s'appartenga, Sez. 5, n. 35616 del 27/05/2010, Di Mella, Rv. 248883 ha affermato come il furto commesso in tale tempo integri l'aggravante della minorata difesa sia perchè nelle vie pubbliche è esercitata una minore vigilanza, sia per la mancata ordinaria vigilanza del proprietario, in una fattispecie di furto all'interno di un esercizio commerciale nel quale erano, del tutto occasionalmente, presenti i proprietari.

2.1.2. Sez. 5, n. 19615 del 11/03/2011, Garritano, Rv. 250183 ha affermato come la commissione del fatto in tempo di notte, in quanto integrata dalla mancanza di illuminazione, renda sussistenti i presupposti dell'aggravante, mentre nella medesima direzione (e richiamando Sez. 2, n. 2002 del 29/10/1981 - dep. 1982, Gallone, Rv. 152504), Sez. 5, n. 7433 del 13/01/2011, Santamaria, Rv. 249603 - ripresa da Sez. 5, n. 32244 del 26/01/2015, Halilovic, Rv. 265300 - ha precisato che per la sussistenza dell'aggravante prevista dall'art. 61 c.p., n. 5, non si richiede che la pubblica o privata difesa sia del tutto impossibile, ma che essa sia semplicemente ostacolata, per cui l'aggravante sussiste tutte le volte in cui l'agente abbia approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da facilitare il suo compito, in considerazione della sua natura oggettiva (fattispecie di furto all'interno di un'azienda agrituristica).

2.1.3. Anche Sez. 5, n. 20480 del 26/02/2018, Lo Manto, Rv. 272602 - massimata nei medesimi termini delle precedenti pronunce - si esprime per la consapevole adesione all'opzione esegetica secondo cui la commissione del furto in ora notturna integra di per sè gli estremi dell'aggravante della minorata difesa, valorizzando in tal senso la ridotta vigilanza pubblica che in tali ore viene esercitata, in considerazione anche delle minori possibilità per i privati di sorveglianza, sì da ostacolare la pubblica e privata difesa, posto che l'aggravante in esame 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 compito. Escludendo, comunque, che l'esistenza di un impianto di videosorveglianza avesse, nella concreta fattispecie al vaglio, facilitato l'intervento tempestivo delle persone offese, e ciò anche in ragione della circostanza fattuale che lo stesso era disattivato, siffatta pronuncia, pur dando atto di altro e contrario orientamento esegetico, dichiara di accordare preferenza alla prima opzione, valorizzando la ratio dell'istituto, che non richiede l'assoluta impossibilità della pubblica o privata difesa, ma che la stessa sia, semplicemente, ostacolata.

2.1.4. Ancora di recente (Sez. 5, n. 40035 del 18/06/2019, Cerami, Rv. 277603) è stato ribadito che "la commissione del furto in ora notturna integra di per sè gli estremi dell'aggravante di minorata difesa".

Anche in tal caso, il Collegio ha dato atto del diverso orientamento, ma ha ritenuto di aderire alla "più corretta esegesi dell'aggravante della minorata difesa", espressa dall'opzione interpretativa secondo la quale la commissione del furto in ora notturna integra per ciò solo gli estremi dell'aggravante di minorata difesa.

Pur non attribuendo rilievo dirimente all'esistenza di un impianto di videosorveglianza, poichè, in concreto, lo stesso non era riuscito in alcun modo a facilitare l'intervento tempestivo delle persone offese, la decisione richiamata ha comunque affermato di poter prescindere da una valutazione ancorata alle concrete circostanze del contesto, richiesta invece dall'orientamento ripudiato.

2.2. Altro, maggioritario, orientamento esclude, invece, che, ai fini della configurabilità della minorata difesa, il tempo di notte ex se possa realizzare automaticamente l'aggravante in disamina.

2.2.1. Secondo siffatta opzione interpretativa, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, se il tempo di notte, di per sè 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 (Sez. 4, n. 53570 del 05/10/2017, Torre, Rv. 271259; n. 53343 del 30/11/2016, Mihai, Rv. 268697; Sez. 2, n. 3598 del 18/01/2011, Salvatore, Rv. 249270; Sez. 5, n. 19615 del 11/03/2011, Garritano, Rv. 250183; Sez. 1, n. 10268 del 09/10/1996, Bertotti, Rv. 206117).

2.2.2. Ai fini della sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, dunque, non rileva "la idoneità astratta di una situazione, quale il tempo di notte o l'età", ma è "necessario individuare ed indicare in motivazione tutte quelle ragioni che consentano di ritenere che in una determinata situazione si sia in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata" (Sez. 5, n. 8819 del 02/02/2010, Maero, Rv. 246160). In particolare, valorizzando la necessità di accertamento in concreto della serie di situazioni in cui la vittima venga a trovarsi in condizioni nelle quali non può adeguatamente difendersi ed i profili, controversi in dottrina, di identificazione della ratio dell'aggravante, comunque da ravvisarsi, presumibilmente, in una esigenza di prevenzione generale, ed alla corretta interpretazione del concetto di approfittamento, ricondotto ad una valutazione di maggiore intensità del dolo, la sentenza Maero ha affermato esplicitamente la necessità che la pubblica o privata difesa sia stata concretamente ostacolata, non occorrendo che sia stata resa impossibile, senza che rilevi la mera astratta idoneità di una situazione, quale il tempo di notte. E' stato, pertanto, reputato assolutamente insufficiente, nel caso al vaglio, il semplice riferimento al tempo di notte per ritenere sussistente l'aggravante della minorata difesa, apparendo, invece, necessario individuare ed indicare in motivazione tutte quelle ragioni che consentano di ritenere che in una determinata situazione si sia in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata.

Affinchè, dunque, il tempo di notte possa assumere rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'aggravante prevista dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, è necessario e sufficiente che abbia in concreto, per il concorso di altre circostanze, agevolato l'agente nell'esecuzione del reato, nel senso cioè che si sia effettivamente verificato l'annullamento o la restrizione dei poteri di difesa pubblica o privata (Sez. 2, n. 2420 del 03/12/1969 - dep. 1970, Contini, Rv. 114122; conf. Sez. 2, n. 2196 del 30/10/1968 - dep. 1969, Raidone, Rv. 110892; Sez. 2, n. 1638 del 21/06/1968, Signorelli, Rv. 109596), sicchè è necessario l'accertamento di elementi sintomatici di quella obiettiva situazione di vulnerabilità in cui versava il soggetto passivo, della quale l'agente abbia profittato (Sez. 2, n. 5266 del 13/12/2005 - dep. 2006, Moscato, Rv. 233573; conf. Sez. 1, n. 10016 del 25/05/1987, Arena, Rv. 176710); in altri termini, è necessario l'accertamento di "altre condizioni che (consentano), attraverso una complessiva valutazione, di ritenere in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata" (Sez. 1, n. 346 del 20/05/1987 - dep. 1988, Raddato, Rv. 177396), ossia che ricorrano altre circostanze che dimostrino come la pubblica o privata difesa sia stata impedita od anche solo ostacolata (Sez. 1, n. 323 del 12/10/1971 - dep. 1972, Scalia, Rv. 119880; conf. Sez. 2, n. 6694 del 03/02/1976, Stipa, Rv. 136921; Sez. 2, n. 1323 del 26/05/1969, Gerardi, Rv. 113016).

Negli stessi termini si sono espresse le già citate Sez. 2, n. 3598 del 18/01/2011, Salvatore, Rv. 249270 (richiamando Sez. 1, n. 346 del 20.5.1987 dep. 1988, Rv 177396), Sez. 4, n. 53343 del 30/11/2016, Mihai, Rv. 268697 e Sez. 4, n. 53570 del 05/10/2017, Torre, Rv. 271259.

2.2.3. Sez. 5, n. 1917 del 18/10/2017, Bux, non massimata, ha operato un'analitica ricognizione del quadro giurisprudenziale ed un inquadramento sistematico dell'aggravante, manifestando motivata adesione all'orientamento qui disaminato.

Ha ritenuto, per contro, che l'orientamento minoritario disatteso svilisse "l'accertamento in concreto e non meramente correlato a valutazioni di idoneità astratta delle condizioni che si assume abbiano favorito la commissione del reato richiesto in generale dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento alla circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5" in quanto, posto che "il fondamento dell'aggravante risiede nella considerazione in termini di maggior disvalore della condotta lì dove il reo approfitti, attraverso un meditato calcolo, delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a svolgersi", "la valutazione della sussistenza dell'aggravante va operata dal giudice, caso per caso, valorizzando situazioni che abbiano ridotto o comunque ostacolato, cioè reso più difficile, la difesa del soggetto passivo, pur senza renderla del tutto o quasi impossibile, agevolando in concreto la commissione del reato", occorrendo, quindi, "che la difesa sia stata concretamente ostacolata non bastando l'idoneità astratta di quelle condizioni a favorire la commissione del reato" (Sez. 2, n. 28795 del 11/05/2016 - dep. 11/07/2016, De Biasi, Rv. 267496; conf., ex purimis, Sez. 2, n. 43128 del 07/10/2014 - dep. 15/10/2014, Apicella, Rv. 260530; Sez. 2, n. 6608 del 14/11/2013 - dep. 12/02/2014, Di Guida, Rv. 258337)".

A tal fine, ha richiamato - stante l'*eadem ratio* - l'accertamento richiesto dalla giurisprudenza di legittimità "anche con riguardo ad un altro fattore potenzialmente idoneo, così come l'aver commesso il reato in tempo di notte, ad integrare, insieme con altre circostanze del caso concreto, la fattispecie ex art. 61 c.p., comma 1, n. 5, ossia l'età della vittima: infatti, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, l'età avanzata della vittima del reato, a seguito delle modificazioni legislative introdotte dalla L. n. 94 del 2009, 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 di normalità (Sez. 5, n. 38347 del 13/07/2011 - dep. 24/10/2011, Cavò, Rv. 250948; conf. Sez. 2, n. 35997 del 23/09/2010 - dep. 07/10/2010, Licciardello, Rv. 248163)".

Ne ha tratto la conclusione che l'opzione ermeneutica confermata assicura una più adeguata rispondenza della fattispecie circostanziale al principio di offensività, richiamando l'insegnamento delle Sezioni unite di questa Corte che, in tema di aggravanti, ha affermato come "l'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi, offensivi in misura apprezzabile": pertanto, "i singoli tipi di reato" - ma il rilievo va appunto riferito anche alle fattispecie circostanziali - "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 del tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto" (Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013, Sciuscio, in motivazione).

Sicché - ha opinato questa Sezione nella sentenza Bux - 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, come si è visto, 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 svolgersi" (Sez. 2, n. 28795 del 11/05/2016, De Biasi, cit.): maggior disvalore, a sua volta, necessario a dar conto della concreta - maggiore - offensività che giustifica, nel singolo caso, l'aggravamento sanzionatorio comminato dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5".

2.2.3. Sulla stessa scia si collocano Sez. 4, n. 15214 del 06/03/2018, Ghezzi, Rv. 273725, Sez. 5, n. 53409 del 18/06/2018, A., Rv. 274187, Sez. 5, n. 50500 del 04/07/2018, Vlaicu, Rv. 274724, Sez. 2, n. 23153 del 19/12/2018 - dep. 2019, O. Rv. 276655, Sez. 5, n. 32813 del 06/02/2019, Alvaro, Rv. 277086, Sez. 4, n. 30990 del 17/05/2019, Tanzi, Rv. 276794, Sez. 5, n. 7026 del 13/01/2020, Nisco, Rv. 278855, Sez. 4, n. 17121 del 04/02/2020, Anghel, Rv. 279243.

Anche Sez. 4, n. 34357 del 25/11/2020, Amato, Rv. 280052 ha seguito la medesima opzione, ritenendola ormai consolidata nella giurisprudenza di legittimità, ma senza considerare la già citata Sez. 5, n. 40035 del 18/06/2019, Cerami, Rv. 277603, segnalata tuttora espressione del contrario orientamento anche nella relazione dell'Ufficio del Massimario n. 96 del 1 dicembre 2020.

2.3. Vero è che se dalle affermazioni di principio ci si sposta sul piano della prova, nella giurisprudenza di questa Corte si rintraccia una generalizzata accentuazione del metodo di verifica in concreto del concorso delle specifiche connotazioni fattuali agevolative della condotta illecita, nell'ampia casistica restituita dalle pronunce in tema di minorata difesa.

Così Sez. 5 n. 15674 del 4 maggio 2020, Foti, non massimata, condividendo il medesimo standard di accertamento in concreto, ha ritenuto (in una fattispecie di lesioni personali gravissime, aggravate anche dal tempo di notte) di muovere entro le coordinate del necessario apprezzamento dell'incidenza delle condizioni spazio-temporali sull'aspettativa di difesa avverso la consumazione di reati, tanto per l'intervento della forza pubblica che per la protezione privata, rilevando come da siffatto apprezzamento finisca per non prescindere anche il diverso filone giurisprudenziale che, pur esprimendosi per una sorta di affievolimento difensivo, indotto tout court dal tempo di notte, comunque valorizza gli ulteriori elementi che inverano la condizione di minorata difesa, in tal guisa ritenendo sdrammatizzarsi il contrasto evidenziato.

Non mancano, tuttavia, assiomatiche affermazioni, ancora incentrate sull'autosufficienza del tempo di notte, foriere di un disimpegno giustificativo che finisce per rinunciare alla verifica di contesto o per ritenerla, in ogni caso, recessiva.

3. Ritiene il Collegio che sulla questione dello standard giustificativo dell'aggravante della minorata difesa nel furto in relazione al tempo di notte s'imponga l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite di questa Corte.

Nel solco del perdurante contrasto, profili di asimmetria sistematica si rinvergono, nella giurisprudenza di legittimità, anche in relazione, ad esempio, alla rilevanza - ai fini dell'esclusione dell'aggravante - della dotazione di impianti di vigilanza e videosorveglianza (V. Sez. 4, n. 10060 del 14/02/2019, Slama Badr, Rv. 275272) e dell'eventuale interferenza con i principi enunciati in tema di consumazione dalle Sezioni unite (n. 52117 del 17/07/2014, Pg in proc. Prevede, Rv. 261186).

Analoga diversa accentuazione si rinviene, inoltre, in riferimento alla nozione di approfittamento, nel senso se per esso debba intendersi evocata una componente del dolo (come ritenuto nella sentenza Moaero citata) o, invece, una mera connotazione agevolatrice, di tipo oggettivo, con le conseguenze che ne derivano anche in tema di compatibilità con il dolo eventuale (Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876) e di imputazione delle circostanze nel concorso di persone nel reato.

L'esatta delimitazione dell'aggravante è, ancora, rilevante ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 55 c.p., comma 2, come introdotto dalla L. 26 aprile 2019, n. 36, che richiama le "condizioni di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5)".

In conclusione, la variegata declinazione delle fattispecie che hanno, in concreto, portato all'applicazione del principio qui devoluto ha finito, invero, per generare affermazioni che, trasfuse nella massimazione delle decisioni di questa Corte di legittimità, mantengono attuale il contrasto rilevato tra gli orientamenti richiamati, pur nello sforzo di ricomposizione unitaria perseguito dalle Sezioni.

E tanto alla luce di argomentazioni che, pur spingendosi alla delibazione delle circostanze che possano aver effettivamente determinato la minorata difesa in tempo di notte, finiscono in linea di principio per prescindere, in tal modo alimentando incertezze e disorientamenti nel giudice di merito.

4. I ricorsi debbono essere, pertanto, rimessi alle Sezioni Unite, sul quesito formulato in premessa.

**P.Q.M.**

**Rimette i ricorsi alle Sezioni Unite.**

Così deciso in Roma, il 12 marzo 2021.

Depositato in Cancelleria il 19 marzo 2021.