

Il reato notturno è aggravato dalla minorata difesa ?

Autore: Andrea Baiguera Altieri

In: Giurisprudenza commentata

Indice dei paragrafi:

1. La questione di Diritto
2. Il primo orientamento ermeneutico
3. Il secondo orientamento ermeneutico
4. Gli orientamenti ermeneutici intermedi
5. L' incidenza dell' età sulla minorata difesa, anche notturna
- 6 Il dispositivo finale di Cass., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 40275

La questione di Diritto valutata

Ex comma 1 Art. 618 Cpp, la questione di Diritto rimessa a Cass., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 40275 è la seguente: “ se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui al n. 5 comma 1 Art. 61 CP “

Art. 61 n. 5 comma 1 CP

[Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti :]

[...] 5- l' avere approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all' età, tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa

Il primo orientamento ermeneutico.

A parere di Cass., sez. pen. V, 16 gennaio 1969, n. 34, “ la commissione del reato in tempo di notte integra di per sé gli estremi della circostanza aggravante della minorata difesa ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP “. Più specificamente, Cass., sez. pen. V, 16 gennaio 1969, n. 34, che ha inaugurato tale primo filone interpretativo, afferma che “ [delinquendo di notte,] 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 “. Analoga è la posizione, in tema di furto, di Cass., sez. pen. II, 13 ottobre 1980, n. 2947.

Interessante è pure Cass., sez. pen. V, 26 febbraio 2018, n. 20480, la quale asserisce che “ la commissione del furto [e di qualsivoglia altro reato contro la persona o il patrimonio] in ora notturna integra di per sé gli estremi dell' aggravante [ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP], 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 [e dolosamente] ostacolata “.

Tale è pure il solco esegetico su cui s' innesta Cass., sez. pen. II, 10 dicembre 2019, n. 2916. Negli Anni Sessanta del Novecento, pure Cass., sez. pen. II, 17 febbraio 1969, n. 352 reputa che “ la commissione del reato [di furto] in tempo di notte [...] provoca, in concreto, un' effettiva minorazione delle capacità di difesa pubblica e privata “, soprattutto, a titolo paradigmatico, nei piccoli borghi periferici lontani da presidi di pubblica sicurezza in grado di garantire pattugliamenti della zona in orari notturni. Più prudentemente, Cass., sez. pen. II, 3 maggio 1991, n. 9088 richiede la contestualizzazione, volta per volta, del n. 5 comma 1 Art. 61 CP, in tanto in quanto “ la commissione del reato in tempo di notte è idonea ad integrare la circostanza aggravante [della minorata difesa] (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 [...]), ma **resta ferma la necessità di verificare in concreto il ricorrere degli ordinari attributi del tempo di notte** (pe., accidentalmente, il soggetto passivo poteva essere sveglio, oppure la sua abitazione poteva trovarsi in una zona particolarmente frequentata anche di notte) o di circostanze fattuali ulteriori, atte a ripristinare le ordinarie possibilità di difesa (pe., l' esistenza di sistemi d' allarme) “. A parere di chi redige, Cass., sez. pen. II, 3 maggio 1991, n. 9088 giustamente invita alla minuta contestualizzazione delle ore notturne, giacché **l' orario notturno non è ontologicamente o perennemente connesso al n. 5 comma 1 Art. 61 CP. Molto dipende, infatti, dalle singole circostanze della fattispecie delittuosa.**

La minorata difesa notturna, come specificato da Cass., sez. pen. II, 3 maggio 1991, n. 9088, non costituisce un dogma criminologico. Siffatta necessaria contestualizzazione del n. 5 comma 1 Art. 61 CP è ribadita pure da Cass., sez. pen. II, 13 dicembre 2005, n. 5266, a parere della quale “ il giudice [del merito] deve espressamente motivare [contestualizzando] sul perché dalla commissione del reato in tempo di notte consegua [oppure no] in concreto un ostacolo alle possibilità di difesa della vittima del fatto criminoso “. Dunque, **la notte non comporta, sempre, comunque ed apoditticamente, la**

precettività automatica del n. 5 comma 1 Art. 61 CP. Tutto dipende dalle singole circostanze concrete. Oppure ancora, si pensi a Cass., sez. pen. V, 13 gennaio 2011, n. 7433, la quale rimarca che la minorata difesa non è necessariamente collegata al tempo notturno, bensì anche al fatto che il locale derubato non era abitato durante la notte. Anche Cass., sez. pen. V, 11 marzo 2011, n. 19615 sottolinea che, talvolta, è decisiva la scarsa illuminazione e non l'ora notturna in sé e per sé. A sua volta, Cass., sez. pen. V, 26 gennaio 2015, n. 32244 asserisce che “ [di notte] possono ricorrere circostanze concrete di segno contrario, idonee a rimuovere l' ostacolo alle possibilità di difesa pubblica o privata [come p. e p. ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP] “. Tale primo orientamento, quindi, rigetta una qualificazione dogmatica del tempo notturno nell' ottica normativa del n. 5 comma 1 Art. 61 CP .

Volume consigliato

Il secondo orientamento ermeneutico.

Tale secondo filone esegetico è stato inaugurato da Cass., sez. pen. I, 22 marzo 1968, n. 475, a parere della quale “ la commissione del reato in tempo di notte non costituisce, di per sé, un elemento determinante ai fini dell' integrazione della circostanza aggravante [ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP], che risulta configurabile **soltanto quando con essa concorrano altre circostanze di fatto idonee a menomare, in concreto, la capacità di pubblica o privata difesa** “. Anche negli Anni Settanta del Novecento, Cass., sez. pen. II, 3 febbraio 1976, n. 6694 propone una visione meno dogmatica del tempo notturno e precisa che “ la commissione del reato in tempo di notte costituisce un elemento di per sé neutro, suscettibile di essere valorizzato ai fini dell' integrazione della circostanza aggravante [ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP] solo se ed in quanto con essa concorrano ulteriori circostanze fattuali, anche di natura diversa “.

Analogamente, negli Anni Ottanta del Novecento, è pure la posizione espressa da Cass., sez. pen. I, 20 maggio 1987, n. 346. Dunque, il secondo orientamento ermeneutico della Suprema Corte respinge un' interpretazione assolutistica ed assolutizzante della notte quale elemento naturalistico che apre automaticamente la strada alla precettività del n. 5 comma 1 Art. 61 CP.

Negli Anni Duemila, questo approccio, decisamente più garantistico per il deviante notturno, è stato ripreso da Cass., sez. pen. II, 18 gennaio 2011, n. 3598, la quale sottolinea che “ ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, il tempo di notte, di per sé solo non realizza automaticamente tale aggravante, [ma] [unitamente al tempo notturno] possono concorrere altre condizioni che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere, in concreto, realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica sia privata “ **A parere di chi scrive, Cass., sez. pen. II, 18 gennaio 2011, n. 3598 sposta l' ago della bilancia verso una valutazione globale ed**

organica delle circostanze fattuali e tale atteggiamento valutatorio si dimostra, senza alcun dubbio, maggiormente favorevole nei confronti dell' infrattore in tempo di notte. Cass., sez. pen. 18 gennaio 2011, n. 3598, condivisibile o meno che sia, manifesta un marcato favor rei, in tanto in quanto l' orario notturno non provoca l' intervento tassativo e necessario del n. 5 comma 1 Art. 61 CP, giacché va valutato l' insieme intero di tutte le circostanze, aggravanti o meno che siano. Di egual tenore sono pure le motivazioni contenute in Cassazione 346/1988. Pure Cass., sez. pen. V, 1 febbraio 2021, n. 9569 rimarca, in tema di furto notturno aggravato, che il n. 5 comma 1 Art. 61 CP diventa precettivo “ solo se concorrono circostanze estrinseche ulteriori, ovvero [nel caso in esame] l' essere stati i furti compiuti non soltanto di notte, ma [anche] il luoghi isolati o, comunque, lontani dal centro cittadino “.

Quindi, anche Cass., sez. pen. 1 febbraio 2021, n. 9569 priva il tempo notturno di una rigida qualificazione dogmatica, poiché la circostanza della notte viene contestualizzata e non assolutizzata. Illuminate è pure, negli Anni Duemila, Cass., sez. pen. II, 19 maggio 2021, n. 20327, che nega l' applicazione dell' aggravante p. e p. ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP in tanto in quanto il furto era stato commesso di notte, tuttavia “ non erano state individuate ulteriori circostanze fattuali atte ad ingenerare, in concreto, la necessaria situazione di minorata difesa “

Pertanto, secondo Cass., sez. pen. II, 19 maggio 2021, n. 20327, la notte costituisce un tempus commissi delicti neutro, che non reca alla precettività matematica o ineludibile del n. 5 comma 1 Art. 61 CP. La minorata difesa è, o, viceversa, non è data a seconda dell' insieme di tutte le circostanze fattuali che accompagnano la fattispecie delittuosa. Molti altri Precedenti di legittimità degli Anni Duemila, come rimarcato da Cass., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 40275 proseguono, entro tale solco, nel sottolineare che “ devono ricorrere ulteriori condizioni fattuali estrinseche rispetto al tempo di notte “. P.e., Cass., sez. pen. IV, 30 novembre 2016, n. 53343 asserisce che è irrilevante il tempo notturno, mentre conta il fatto che il bene oggetto di furto si trovava “ di notte [e anche] in zona periferica pressoché deserta e non sorvegliata “, il che ha fatto scattare l' applicabilità del n. 5 comma 1 Art. 61 CP. Del pari, Cass., sez. pen. IV, 5 ottobre 2017, n. 53570 precisa che “ il furto era stato perpetrato in orario notturno [e, dicesi: e] all' interno di un' officina sita in una zona periferica disabitata “ Oppure ancora, Cass., sez. pen. IV, 14 febbraio 2019, n. 10060 rileva che il furto notturno era avvenuto mentre il titolare del bene dormiva in una sala d' attesa ferroviaria non frequentata “. Di nuovo, **il tempo notturno è contestualizzato e non analizzato in maniera apodittica**. Anche Cass., sez. pen. I, 11 luglio 2019, n. 39349 congiunge l' aspetto della notte all' isolamento totale del luogo. Infine, Cass., sez. pen. I, 18 ottobre 2019, n. 51871 invita a considerare che il reato era stato posto in essere “ in orario quasi notturno [e, dicesi: e inoltre] in mancanza di illuminazione “. Quindi, l' aggravante della notte integra gli estremi del n. 5 comma 1 Art. 61 CP solo e soltanto se concorrono altre situazioni fattualmente aggravanti, benché connesse al presupposto dell' ora notturna.

Gli orientamenti ermeneutici intermedi.

Cass., sez. pen. V, 13 gennaio 2020, n. 7026 unisce i due filoni interpretativi suesposti, in tanto in quanto afferma che “ esiste senz' altro una situazione **astratta [e non contestualizzata]** come la commissione del reato in orario notturno [...] [ma] occorre poi anche procedere ad una valutazione, **nel concreto**, della fattispecie sub iudice “.

Ovverosia, Cass., sez. pen. V, 13 gennaio 2020, n. 7026 valuta conforme al n. 5 comma 1 Art. 61 CP il tempo di notte, ma non trascura nemmeno il fatto che il luogo della commissione del delitto era pressoché disabitato. Anche, sempre negli Anni Duemila, Cass., sez. pen. V, 4 maggio 2020, n. 15674 richiede una contestualizzazione di tutti gli eventi, giacché “ in seno ad entrambi gli orientamenti, la gran parte delle decisioni finisce col richiedere la valutazione della concreta incidenza del tempo di notte sulla condotta delittuosa “.

Più dettagliatamente, in Cass., sez. pen. V, 4 maggio 2020, n. 15674, l' ora notturna è congiunta al fatto che “ era presente [nella zona] un numero assai limitato di persone “. Come si può notare, anche in questo caso, l' aggravante contemplata dal n. 5 comma 1 Art. 61 CP non viene applicata in maniera automatica, a motivo della sola notte, bensì **essa è sempre e comunque contestualizzata**. Anzi, spesso, negli Anni Duemila, l' elemento notturno diviene secondario rispetto ad altri fattori primari, quali l' isolamento del luogo e la scarsità di presenze umane in grado di difendere il bene leso dal reato. Pure Cass., sez. pen. II, n. 20327/2021 precisa che “ debbono concorrere [anche] circostanze fattuali ulteriori e diverse rispetto alla commissione del reato in tempo di notte “. Tuttavia, fa eccezione Cass., sez. pen. II, 10 dicembre 2019, n. 2916, la quale valorizza il solo elemento, ontologicamente e precettivamente auto-sufficiente, dell' orario notturno, che, almeno in questo caso, reca alla applicabilità diretta e subitanea del n. 5 comma 1 Art. 61 CP.

Altrettanto importante, nei Precedenti di legittimità degli Anni Duemila, è la tematica della **presenza, o meno, di un sistema di allarme e/o di videosorveglianza**. A parere di Cass., sez. pen. V, 6 febbraio 2019, n. 32813, il sistema di videosorveglianza esclude la minorata difesa notturna, sempre ammesso che esso sia stato funzionante durante la consumazione del reato. Di eguale parere è pure Cass., sez. pen. V, 18 febbraio 2020, n. 13806, poiché “ bisogna sempre valutare la possibile incidenza della presenza di un impianto di videosorveglianza, [che rappresenta] un effettivo ostacolo [per la commissione del reato]”.

Il tutto, ognimmodo, sempre che il sistema fosse effettivamente funzionante nel tempus commissi delicti. Ciononostante, Cass., sez. pen. IV, 14 febbraio 2019, n. 10060 esprime un parere difforme da quello testé indicato, perché “ la predisposizione in loco di un sistema di videosorveglianza non fa venir meno, di per sé, la situazione [notturna] di minorata difesa, limitandosi unicamente a consentire una più rapida identificazione del ladro “. In effetti, sotto il profilo della logica giuridica, l' elemento della videosorveglianza incide sul momento successivo della scoperta del reo, ma non costituisce, spesso, alcun impedimento dal punto di vista della libera e disinibita consumazione dell' illecito.

L' incidenza dell' età sulla minorata difesa, anche notturna.

Anche nell' ambito dei reati notturni, il comma 7 Art. 1 L. 94/2009, ha affermato che l' età avanzata della parte lesa provoca la precettività automatica del n. 5 comma 1 Art. 61 CP., nel quale, infatti, sono contenuti i lemmi “ anche in riferimento all' età “.

Rimane, tuttavia, da chiarire se l' età senile comporti, specialmente con afferenza al reato di furto, un' applicazione immediata o, viceversa, solo potenziale del n. 5 comma 1 Art. 61 CP. Cass., sez. pen. II, 23 settembre 2010, n. 35997 rifugge da qualsivoglia automatismo de-contestualizzante, in tanto in quanto “ 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 od incapacità di orientarsi secondo criteri di normalità da parte della vittima, con conseguente agevolazione della condotta criminosa in suo danno “.

Di equal tenore è pure Cass., sez. pen. V, 13 luglio 2011, n. 38347, in tema di furto di denaro ad un anziano. Oppure, si pensi a Cass., sez. pen. II, 18 novembre 2014, n. 8998, avente ad oggetto la fattispecie delittuosa di una rapina in danno di una 74enne. Interessante è anche Cass., sez. pen. II, 22 ottobre 2019, n. 47186, che ha escluso l' applicabilità della minorata difesa ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP alla luce della concreta lucidità e prontezza della parte lesa, la quale, nonostante l' età senile, ha vivacemente opposto resistenza. La priorità dello specifico contesto è ribadita pure da Cass., sez. pen. II, 23 settembre 2020, n. 37865, secondo cui “ l' età avanzata risulta associata ad una minore reattività fisica e cognitiva, ed essa rileva nei reati che richiedono un' interazione diretta con la vittima, ma [la senilità] è un indice relativo di vulnerabilità e dev' essere sottoposto ad un vaglio giudiziale che ne confermi o ne 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' incedere dell' età [...] Ricondotta l' età avanzata ad indice non assoluto, ma relativo di vulnerabilità, **sarà compito del giudice del merito valutare se, nell' interazione con l' autore del reato, l' età della vittima abbia svolto un ruolo agevolatore a causa del decadimento fisico o cognitivo dell' offeso** “. Dunque, Cass., sez. pen. II, 23 settembre 2020, n. 37856 raccomanda, come sempre, la ratio metodica della contestualizzazione del dato de jure condito, in tanto in quanto il Magistrato del merito non è un calcolatore automatico privo di capacità valutative non assolutizzanti e non apodittiche. Ciò che conta, nel Diritto Penale, è la concretizzazione dell' illecito, che varia a seconda di ogni cornice fattuale .

Sempre in tema di minorata difesa (anche notturna) dell' età senile, Cass., sez. pen. V, 21 febbraio 2019, n. 12796 ha, però, inaugurato un diverso filone interpretativo. Ovverosia, Cass., sez. pen. V, 21 febbraio

2019, n. 12796 sostiene che il n. 5 comma 1 Art. 61 CP va applicato in maniera automatica allorché la parte lesa si trovi in età senile. Letteralmente, nelle Motivazioni, Cass., sez. pen. V, 21 febbraio 2019, n. 12796 asserisce quanto segue: “ **non può essere messo in dubbio 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' oggettiva 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 [...] Non può quindi negarsi che i reati che producono un impatto sulla sfera fisica o psichica del soggetto passivo da parte dell' autore [...] rechino, in re ipsa, la dimostrazione quantomeno dell' agevolazione derivata dall' età avanzata della vittima, senza che sul giudice [di merito] debba gravare un onere motivazionale specifico ed ulteriore (rispetto al rilievo oggettivo dell' età) che appare superfluo, alla luce della massima di esperienza sopra ricordata “. L' orientamento automatistico di Cass., sez. pen. V, 21 febbraio 2019, n. 12796 è stato accolto da Cass., sez. pen. V, 15 ottobre 2019, n. 1555, nel senso che l' età senile della parte lesa comporta, senza eccezioni, l' azionabilità dell' aggravante della minorata difesa p. e p. ex n. 5 comma 1 Art. 61 CP. Oppure ancora, si ponga mente a Cass., sez. pen. V, 24 giugno 2019, n. 40476, in cui un' anziana veniva derubata della borsetta senza poter opporre resistenza a motivo della scarsa agilità fisica. La L. 94/2009 rinviene un' applicazione apodittica, assolutizzante, e financo sottilmente giustizialistica, anche in Cass., sez. fer., 8 agosto 2019, n. 43285, in cui l' applicazione della minorata difesa è stata giustificata sia dall' età senile, sia dal fatto che nessuno, in quel momento, transitava nella pubblica via. Come si può notare, Cass., sez. fer., 8 agosto 2019, n. 43285 riprende, con attinenza al n. 5 comma 1 Art. 61 CP, la tematica fondamentale della contestualizzazione concreta della fattispecie fattuale. Degna di nota è pure Cass., sez. pen. II, 20 settembre 2019, n. 46677, in cui la senilità integra il n. 5 comma 1 Art. 61 CP unitamente al fatto che “ le difese [della parte lesa] erano diminuite dallo stato di malattia “. Infine, Cass., sez. pen. II, 13 dicembre 2019, n. 3851 contesta la minorata difesa “ valorizzando il fatto che [le due anziane donne] erano state selezionate con cura dagli imputati, in quanto si trovavano a passeggio da sole per la via, ed erano, quindi, impossibilitate a sollecitare l' aiuto di terzi “.

Il dispositivo finale di Cass., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 40275

Il Precedente di legittimità delle Sezioni Unite qui in parola enuncia i due seguenti principi di Diritto:

1. “ ai fini dell' integrazione della circostanza aggravante della c.d. minorata difesa prevista dal n. 5 comma 1 Art. 61 CP, le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l' agente ha approfittato 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 profitto - in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l' idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato “
2. “ 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 ricorrano circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto “.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/il-reato-notturno-e-aggravato-dalla-minorata-difesa/>