

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/10/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/35543-l-aggravante-dell-uso-di-mezzo-fraudolento-di-cui-all-art-625-comma-primo-n-2-cod-pen-non-ricorre-nel-caso-di-mero-occultamento-della-merce-sottratta>

Autore: Antonio Di Tullio D'Elisiis

L'aggravante dell'uso di mezzo fraudolento di cui all'art. 625, comma primo, n. 2, cod. pen. non ricorre nel caso di mero occultamento della merce sottratta.

Nota a Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza, 18 luglio – 30 settembre 2013, n. 40354, Pres. Santacroce, Cons. rel. Blaiotta.

L'aggravante dell'uso di mezzo fraudolento di cui all'art. 625, comma primo, n. 2, cod. pen. non ricorre nel caso di mero occultamento della merce sottratta.

Nota a Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza, 18 luglio – 30 settembre 2013, n. 40354, Pres. Santacroce, Cons. rel. Blaiotta.

Avv. Antonio Di Tullio D'Elisiis.

Le Sezioni Unite, nella sentenza n. **40354** del **1913**, hanno affermato il seguente principio di diritto: *“L'aggravante dell'uso di mezzo fraudolento di cui all'art. 625, comma primo, n. 2, cod. pen. delinea una condotta, posta in essere nel corso dell'iter criminoso, dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scaltrezza; volta a sorprendere la contraria volontà del detentore ed a vanificare le difese che questi ha apprestato a difesa della cosa. Tale insidiosa, rimarcata efficienza offensiva non si configura nel mero occultamento sulla persona o nella borsa di merce esposta in un esercizio di vendita a self service, trattandosi di banale, ordinario accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a difesa del bene”*.

Sul punto, difatti, prima che venisse emessa la pronuncia in commento, si registravano due distinti orientamenti.

Secondo il primo indirizzo nomofilattico, l'aggravante del mezzo fraudolento deve consistere *“in una modalità/utilizzazione di strumento particolare che consenta, oltre al mero occultamento, una particolare elusione del controllo da parte del possessore sui propri beni”*¹ essendo necessario che la condotta furtiva venga compiuta attraverso un *“qualunque mezzo insidioso idoneo a far attenuare l'attenzione del possessore del bene nella difesa del patrimonio o che consenta di eludere più agevolmente le cautele poste da detentore a difesa delle cose”*².

¹Cass. pen., sez. VI, 28/09/12, n. 40283, in *Diritto & Giustizia* 2012, 16 ottobre 2012.

²Cass. pen., sez. IV, 19/01/06, n. 10134, in *CED Cass. pen.* 2006.

In altri termini, secondo siffatto approdo ermeneutico, non è sufficiente limitarsi a nascondere l'oggetto per integrare l'aggravante in esame, essendo per l'appunto necessaria una qualsivoglia *“attività che sorprenda o soverchi, con l'insidia, la contraria volontà del detentore, violando le difese e gli accorgimenti che il soggetto passivo abbia apprestato a custodia delle cose proprie”*³ posto che, come appena suesposto, *“in tale nozione rientra ogni operazione straordinaria improntata ad astuzia o scaltrezza idonea ad eludere i detti accorgimenti e cautele”*⁴.

Pertanto, correttamente declinando tale principio di diritto ai casi sottoposto al loro scrutinio giurisdizionale, il Supremo Consesso ha stimato integrato l'elemento accidentale *de quo* nel caso in cui il ladro non solo nascondi la merce derubata ma venga anche approntato *“un mezzo che renda più agevole l'occultamento o più difficoltoso l'accertamento della sottrazione”*⁵ ad esempio, attraverso l'uso *“di apposita "panciera", predisposta per superare gli accorgimenti approntati dal soggetto passivo a tutela delle proprie cose”*⁶.

Invece, secondo un secondo filone interpretativo, si ravvisa la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. **625, co. I, n. 2, secondo capoverso, c.p.**, *“in ogni caso di comportamento con frode idoneo a superare la custodia apprestata dall'aveente diritto sui suoi beni”*⁷.

In particolare, viene fatta rientrare in questa nozione *“ogni operazione improntata ad astuzia o scaltrezza, diretta ad eludere le cautele ed a frustare gli accorgimenti predisposti dal soggetto passivo a difesa delle proprie cose, e cioè gli impedimenti che si frappongono tra l'agente e la cosa oggetto della sottrazione”*⁸.

Di talchè, alla luce di questa interpretazione, viene conferito a tale elemento accidentale, rispetto alla prima, un significato più ampio facendovi rientrare ogni

³Cass. pen., sez. IV, 27/04/06, n. 24232, in CED Cass. pen. 2006.

⁴*Ibidem.*

⁵Cass. pen., sez. IV, 19/01/06, n. 10134, in CED Cass. pen. 2006.

⁶Cass. pen., sez. V, 6/10/05, n. 11143, CED Cass. pen. 2006, Cass. pen. 2007, 5, 2031 (s.m.).

⁷Cass. pen., sez. IV, 6/02/09, n. 13871, in CED Cass. pen. 2009.

⁸*Ibidem.*

mezzo “*usato allo scopo di preparare o facilitare l'azione furtiva (vedi Cass. 22 marzo 1983, Gozzzo, CPM4, 85, 355)*”⁹.

Ciò posto, le Sezioni Unite, nella decisione in commento, hanno aderito alla prima opzione interpretativa sulla scorta delle seguenti considerazioni giuridiche. Innanzitutto, avvalendosi dei contributi scientifici ed ermeneutici elaborati *in subiecta materia*, è stato interpretato, a livello etimologico, la locuzione “*mezzo fraudolento*” nei termini “*di stratagemma diretto ad aggirare, annullare, gli ostacoli che si frappongono tra l'agente e la cosa; di operazione straordinaria, improntata ad astuzia e scaltrezza; di escogitazione che sorprenda o soverchi, con l'insidia, la contraria volontà del detentore, violando le difese apprestate dalla vittima; di insidia che eluda, sovrasti o elimini la normale vigilanza e custodia delle cose*”.

Tale significato, sempre ad avviso dei Giudici di “*Piazza Cavour*”, è stato ritenuto pienamente conforme alla *ratio* della predetta circostanza ossia che “*le cose altrui vengono aggredite con misure di affinata efficacia che rendono più grave il fatto e mostrano altresì maggiore intensità del dolo, più intensa risoluzione criminosa e maggiore pericolosità sociale*”.

Ebbene tale passaggio motivazionale, ad avviso di chi scrive, si rileva condivisibile proprio alla luce di quell'insigne letteratura scientifica che a sua volta definisce tale circostanza “*un atteggiamento fraudolento che mira ad ottenere l'acquisizione unilaterale della cosa*”¹⁰.

Del resto, alla medesima conclusione si può giungere procedendo ad un mero raffronto comparativo tra la normativa penalistica vigente e quella, viceversa, contemplata dal **codice Zanardelli**.

Nel precedente codice penale, invero, erano tipizzate specifiche situazioni (es. l'apertura di serratura valendosi di chiavi false (art. 383, n. 4) “*afferenti*

⁹Cass. pen., sez. V, 15/02/07, n. 10211, in Guida al diritto 2007, 16, 100 (s.m.).

¹⁰Fiandaca – Musco, Diritto penale, Parte speciale, vol. II, tomo secondo, “*I delitti contro il patrimonio*”, Bologna, Zanichelli editore, 2005, pag. 80. Sull'argomento, vedasi altresì Palombi, “*I limiti di applicazione dell'aggravante del mezzo fraudolento*”, in Foro pen., 1964, 141 s.; Palmeri, “*Acquisto o contranti (...non pagati) in un “supermarket” e presso un distributore di benzina, Furto o truffa?*”, in Giur. it., 1962, IV, 12; Manzini, “*Mezzo fraudolento e aggravante speciale del furto*”; in Giur. compl. Cass. pen., 1954, III, 47; Capaldo, “*A proposito dell'aggravante del mezzo fraudolento (art. 625 n. 2 c.p.)*”, in Giur. it., 1949, 158.

prevalentemente all'oggetto della sottrazione od alle modalità della condotta"¹¹, ma non era espressamente prevista una condotta eguale a quella in oggetto; l'unica, forse, simile, sembra essere quella che era prevista dall'art. 383, n. 6 ove ci si riferiva a *"mezzi artificiali o della propria agilità personale"* che, comunque:

- concerneva una specifica ipotesi (furto commesso in un edificio o in un recinto);
- non richiamava particolari abilità truffaldine posto che, per un verso, i mezzi artificiali evocano di per sé solo un particolare strumentario, per altro verso, l'agilità personale, in quanto tale, nulla ha a che fare con l'astuzia e/o la scaltrezza.

Sicché è evidente che l'aver il Codice Rocco espressamente previsto, al contrario di quanto statuito dalla disciplina giuridica previgente, tra le aggravanti previste per il delitto di *"furto"* una condotta espressamente di natura fraudolenta, depone verso una ricostruzione ermeneutica di quest'istituto nel senso dato dal primo orientamento nomofilattico.

Continuando ad esaminare la decisione in analisi, le Sezioni Unite hanno reputato di aderire al filone interpretativo per primo richiamato in questo scritto, in secondo luogo, alla luce del principio di offensività.

Invero, è stato postulato che, nel *"segno dell'offensività, il legislatore è vincolato ad elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali"* mentre l' *"interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattarle alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi, offensivi in misura apprezzabile"*.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, *"i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile, senza scarti di sorta, la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto"* e dunque, *"sul piano ermeneutico che, come è stato suggestivamente considerato in dottrina, viene superato lo stacco tra tipicità ed offensività"*.

Di conseguenza, sulla scorta di tali valutazioni giuridiche, gli Ermellini sono pervenuti alla conclusione secondo la quale i *"singoli tipi di reato dovranno essere*

¹¹Sentenza in commento.

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” proprio perché è “il parametro valutativo di offensività che consente di individuare gli elementi fattuali dotati di tipicità”.

Una volta compiuta questa disamina di ordine generale, i giudici di legittimità hanno applicato tale principio all'istituto preso in considerazione in tale pronuncia giacché, proprio alla luce di tale criterio supremo, partendo dal presupposto secondo cui *“un'interpretazione dell'idea di frode, con riferimento alla fattispecie di furto, deve tendere ad individuarvi condotte che concretino l'aggressione del bene con marcata efficienza offensiva, proporzionata allo speciale rigore sanzionatorio”* sono giunti al susseguente esito: *“la frode si riferisce non a qualunque banale, ingenuo, ordinario accorgimento, ma richiede qualcosa in più: un'astuta, ingegnosa e magari sofisticata predisposizione”* non essendo bastevole, ai fini dell'esistenza dell'aggravante *de qua*, *“il mero nascondimento nelle tasche, in borsa, sulla persona di merce prelevata dai banchi di vendita”* stimato alla stregua di *“un mero accorgimento, banale ed ordinario in tale genere di illecit”*.

Il significato conferito alla parola *“frode”* nel brano motivazionale appena citato è perfettamente consono al nostro ordinamento giuridico sicché, avvalendoci dell'interpretazione logico-sistematica, è evidente che la Cassazione - nel trattare altri reati anch'essi connotati dal fatto di essere compiuti mediante la frode - è soggiunta alla stessa considerazione.

Ad esempio:

- in materia di *“frode nell'esercizio del commercio”*, la condotta ivi tipizzata è stata definita quale *“comportamento idoneo a trarre in inganno l'acquirente”*¹²;
- nel caso di *“frode informativa”*, viene definito il comportamento previsto dall'art. **640 ter c.p.** alla stregua di *“un'attività fraudolenta”*¹³;

¹²Cass. pen., sez. III, 23/03/98, n. 5372, in Cass. pen. 2000, 497 (s.m.).

¹³Cass. pen., sez. II, 11/11/09, n. 44720, in CED Cass. pen. 2009.

- ove venga commesso il delitto di “*frode nelle pubbliche forniture*”, quello che rileva è ciò che “*si presenta come astuzia o malizia diretta ad ingannare*”¹⁴;
- nel caso di “*frode processuale*”, ricorre tale ipotesi delittuosa nella misura in cui si proceda ad un’ “*artificiosa immutazione dello stato dei luoghi o delle cose*”¹⁵.

Inoltre, tale secondo passaggio argomentativo, considerato nel suo complesso, si manifesta perfettamente condivisibile anche e soprattutto perchè frutto di una lettura costituzionalmente orientata dell’aggravante in oggetto.

In effetti, secondo una costante giurisprudenza costituzionale, “*il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell’applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l’interesse tutelato (v. sentenze numeri 360 del 1995, 263 e 519 del 2000*”¹⁶ posto che è compito dell’organo giudicante “*uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell’esercizio del proprio potere ermeneutico*”¹⁷ evitando che “*l’area di operatività dell’incriminazione si espanda a condotte prive di un’ apprezzabile potenzialità lesiva*”¹⁸.

Del resto, non vi sono particolari profili ostativi affinché tale dettame ermeneutico non possa osservarsi anche per le circostanze visto che il principio dell’offensività “*è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato*”¹⁹.

Di conseguenza ed in conclusione, la scelta di restringere il margine di applicabilità di tale circostanza solo ai casi di particolare scaltrezza o astuzia,

¹⁴Cass. pen., sez. VI, 6/11/85, in Cass. pen. 1987, 549 (s.m.).

¹⁵Cass. pen., sez. III, 24/01/79, in Giust. pen. 1979, 626,II (s.m.), Cass. pen. 1980, 1543 (s.m.).

¹⁶Corte Cost., 7/07/05, n. 265, in www.giurcost.org.

¹⁷Corte Cost., 20/06/08, n. 225, in www.giurcost.org.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Corte. Cost., 8/07/10, n. 249, in Giur. cost. 2010, 4, 2996 (s.m.) (nota di: VIGANÒ), Giur. cost. 2010, 5, 3984 (s.m.) (nota di: VICOLI).

oltre ad essere più coerente alla *ratio* che contraddistingue tale elemento del reato, permette altresì il pieno rispetto del principio di colpevolezza e, pertanto, rappresenta una chiave ermeneutica maggiormente fedele, rispetto all'altra, del nostro dettato costituzionale.

Infatti, come evidenziato nella medesima decisione in argomento, come è noto, molteplici sono le norme costituzionali a cui fare riferimento per ritenere rispettato tale criterio fondamentale e, segnatamente: “*l'art. 27, comma terzo (l'equilibrio tra le funzioni retributiva e rieducativa della pena rappresenta una saldatura tra il momento garantista o liberale della retribuzione per il reato necessariamente lesivo e le aperture sociali e solidaristiche della rieducazione); l'art. 25, comma secondo (la locuzione "fatto", che esclude la visione dell'illecito come mera disobbedienza); l'art. 27, comma primo (il divieto di strumentalizzazione dell'uomo a fini di politica criminale)*”.