

RUBARE DI NOTTE INTEGRA L'ART. 61 N. 5 C.P.? LA QUESTIONE ALLE SEZIONI UNITE

Mattia Di Florio



Cass., sez. V, 12 marzo 2021 (dep. 19 marzo 2021), De Gregorio, Presidente, Tudino, Relatore, Locatelli, p.m.

(concl. diff.)

1. Il caso

Gli imputati venivano condannati per un furto commesso all'interno del piazzale di una ditta, nel quale essi si erano introdotti di notte, scavalcando la sbarra a presidio dell'accesso.

In sede d'appello, i giudici ritenevano che era sufficiente l'esposizione delle *res* alla pubblica fede, poiché custodite in un luogo privato recintato ma facilmente accessibile, non costituendo ostacolo all'introduzione la presenza di impianto di videosorveglianza.

La Corte, inoltre, evidenziava come l'aggravante della minorata difesa, in considerazione del tempo notturno in cui l'azione era stata posta in essere, dovesse ritenersi sussistente.

All'esito del giudizio di merito, i difensori degli imputati ricorrevano per cassazione.

2. Il tema della decisione ed i termini del contrasto

La Suprema Corte ha affrontato il caso relativo ad una tra le condizioni agevolative del compimento dell'azione criminosa, il tempo di notte. Esso 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 come "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" (cfr. § 1.2 del considerato in diritto).

A tal riguardo si registrano nella giurisprudenza di legittimità orientamenti differenti che declinano una diversa accentuazione della minorata difesa.

Un primo risalente orientamento, infatti, ritiene che la commissione del reato di furto in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante ex art. 61 n. 5 c.p., pur non essendo richiesto che la pubblica o privata

difesa sia del tutto impossibile, ma che sia semplicemente ostacolata (cfr. *ex plurimis* Sez. II, 13 ottobre 1980, n. 2947 in *C.E.D. Cass.*, 148284; Sez. V, 11 marzo 2011, n. 19615 in *C.E.D. Cass.*, 250183).

Sulla medesima scia si veda Sez. V, 26 febbraio 2018, n. 20480 (in *Quot. giur.* 6 giugno 2018 con breve commento di Luigi Giordano, *Furto in orario notturno: è automatica l'aggravante della "minorata difesa"*) ove si esprime per la consapevole adesione all'opzione esegetica secondo cui la commissione del furto in ora notturna integra di per sé 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, tali da facilitare il suo compito.

Si è, invece, formato un secondo filone interpretativo, a nostro avviso maggiormente condivisibile, anche se forse troppo dipendente dalle caratteristiche del caso concreto, che ritiene la necessità di valutare nel concreto la sussistenza di detta aggravante, valorizzando "lo specifico contesto spazio-temporale delle vicende storico-fattuali" sia per esigenze interpretative costituzionalmente orientate, sia in ossequio al principio di offensività, per cui maggiore sarà il disvalore della condotta laddove il soggetto agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal contesto (*ex multis* Sez. IV, 05 ottobre 2017, n. 53570, in *C.E.D. Cass.*, 271259; Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 3598 *C.E.D. Cass.*, 249270; Sez. V, 11 marzo 2011, n. 19615, in *C.E.D. Cass.*, 250183).

Secondo tale orientamento giurisprudenziale non rileva, quindi, "la idoneità astratta di una situazione, quale il tempo di notte o l'età", bensì "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" (cfr. Sez. V, 02 febbraio 2010, n. 8819 in *C.E.D. Cass.*, 246160).

Così si pronuncia anche la sentenza Bux, (Sez. V, 18 ottobre 2017, n.1917, non massimata) che ha analizzato il quadro giurisprudenziale ed operato un inquadramento sistematico dell'aggravante ex art. 61, n. 5, c.p., ribadendo come occorra verificare nel concreto l'ostacolo a qualsivoglia forma di difesa. Analogamente, si colloca Sez. IV, 06 marzo 2018, n. 15214 in *Guida. dir.* 2018, 24, 88; nonché in *Quot. giur.* 26 aprile 2018 con breve commento di Alessio Scarcella, "*Il reato commesso in orario notturno non sempre fa scattare l'aggravante della minorata difesa*") sostenendo come 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 verificato, 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" (cfr. § 2.2.3 del considerato in diritto).

3. La questione devoluta alle Sezioni unite

Nel solco del perdurante contrasto sinteticamente ricostruito, profili di asimmetria sistematica si rinvengono, 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 (cfr. Sez. 4, 14 febbraio 2019, n. 10060, in *C.E.D. Cass.*, 275272).

Analoga diversa accentuazione si rinviene, inoltre, in riferimento alla nozione di approfittamento, nel senso se per esso debba intendersi evocata una componente del dolo (cfr. Sez. V n. 8819, cit.) o una mera connotazione agevolatrice, di tipo oggettivo, con le conseguenze che ne derivano anche in tema di compatibilità con il dolo eventuale (cfr. Sez. I, 11 luglio 2019, n. 39349, in *C.E.D. Cass.*, 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, n. 5, c.p.)".

La rimessione della questione alle Sezioni unite appare, quindi, necessaria per i molteplici aspetti *supra* esplicitati.

In conclusione, è stata rimessa alle Sezioni unite la questione se "il furto commesso in tempo di notte debba ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 5".

L'udienza è fissata per il 15 luglio 2021 e il relatore designato è il Consigliere Beltrani

[Cass. 10778/2021](#)