

LA NOTTE COME “MINORATA DIFESA”.

A PROPOSITO DI UN RECENTE INTERVENTO
CHIARIFICATORE DELLE SEZIONI UNITE



*Caterina Paonessa**

1. Un quesito specifico («*se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa*») ha offerto alle Sezioni Unite il destro per disegnare, con maggiore nitore, il perimetro operativo dell'art. 61, comma 1, n. 5, c.p.¹.

Per quanto non si trattasse di un'esigenza impellente, in ragione – come si vedrà – della convergenza pratica delle soluzioni ermeneutiche presentate in conflitto dall'ordinanza di rimessione², non c'è dubbio che il recente intervento nomofilattico faccia chiarezza, a tutto tondo, sulla portata della previsione aggravante, togliendo terreno a possibili letture – che parrebbero infiltrarsi soprattutto nella giurisprudenza di merito, specie con riguardo all'ambientazione notturna della condotta illecita – disarticolate dal canone dell'offensività.

Ed è proprio questo l'aspetto che merita di essere valorizzato. Se pure è identificabile, infatti, un indirizzo per il quale la realizzazione nottetempo dell'attività criminosa denoterebbe automaticamente il configurarsi dell'approfitto di circostanze temporali «tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»³, va nondimeno rilevato come, in tali ipotesi, il riconoscimento della sussistenza dell'aggravante abbia avuto corso, per lo più, in contesti nei quali risultava difficilmente opinabile che il dato temporale non avesse nei fatti agevolato l'agire illecito.

* Ricercatore di diritto penale nell'Università di Firenze

¹ [Cass. pen., SS. UU., 15 luglio \(dep. 8 novembre\) 2021, n. 40275.](#)

² Cass. pen., SS. UU., 12 marzo 2021, n. 10778, in *Dejure*.

³ Cass. pen., sez. II, 13 ottobre 1980, n. 2947, Rv. 148284, che ha riconosciuto la configurabilità dell'aggravante nel caso di un furto commesso di notte in un museo di un centro urbano.

2. Anche dalla prospettiva di chi attribuisce rilevanza *ex se* al tempo di notte, del resto, non sarebbe tanto la mera contingenza del momento dell'azione a imprimere alla stessa il marchio di maggiore gravità, bensì l'attitudine del fattore temporale ad operare quale condizione favorevole alla perpetrazione del reato in virtù della corrispondente (possibile) riduzione del margine di reazione difensiva⁴.

Così come sussistono situazioni particolarmente pregnanti, che rendono immediata la percezione del legame funzionale intercorrente tra tempo e (minore) capacità di tutela⁵, è altrettanto innegabile che in altri frangenti, connotati da maggiore opacità o da mancanza di univocità, quella stessa connessione teleologica richieda di essere meglio esplicitata attraverso la valorizzazione, all'occorrenza, di circostanze aggiuntive⁶. Non sorprende allora che, anche nel solco dell'indirizzo proiettato – almeno sulla carta – all'automatica valenza aggravante del tempo di notte, si sia fatta strada la richiesta, in positivo, di una verifica in merito agli «ordinari attributi del tempo di notte» o, in negativo, dell'assenza di «circostanze fattuali ulteriori, atte a ripristinare le ordinarie possibilità di difesa» potenzialmente compromettibili⁷, evidenziandosi, in ciò, una consonanza con il diverso orientamento che fa scaturire l'incremento di pena soltanto ove, alla realizzazione del fatto nottetempo, si accompagnino condizioni fattuali in grado di attestare la minorata difesa⁸.

Per entrambi gli indirizzi, in fondo, ciò che più conta è la necessaria carica offensiva deve connotare l'agire *noctis tempore* al fine di poterne giustificare il maggiore rigore sul piano sanzionatorio. È, in altre parole, il contesto dell'azione criminosa a segnare l'ambito di rilevanza del fattore aggravante in esame.

⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1969, n. 34, Rv. 110728, là dove, con riguardo alla violazione di domicilio, si rileva che il tempo di notte ostacolerebbe effettivamente la privata difesa «perché 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».

⁵ Così, ad esempio, nel caso di furto commesso, in ora notturna, «mentre il derubato dormiva, in un piccolo Paese privo, durante la notte, di vigilanza da parte degli organi di polizia» (Cass. pen., sez. II, 17 febbraio 1969, n. 352, Rv. 112006) o nel caso di tentato furto commesso all'interno di azienda agrituristica ove, di notte, non viveva alcuno (Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2011, n. 7433, Rv. 249603) o in un plesso lasciato deserto di notte (Cass. pen., sez. V, 26 gennaio 2015, n. 32244, Rv. 265300).

⁶ Ciò accade, peraltro, anche nell'ambito del medesimo orientamento ispirato ad automatismo; si veda Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2011, n. 19615, Rv. 250183, richiamata dalle stesse Sezioni Unite, che riconosce la circostanza aggravante per essersi il fatto (tentato furto di ciclomotore) verificato in ora notturna, circostanza, però, «integrata dalla mancata illuminazione» del luogo dell'evento.

⁷ Cass. pen., sez. II, 3 maggio 1991, n. 9088, Rv. 188134.

⁸ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2020, n. 34357, Rv. 280052.

3. La recente presa di posizione delle Sezioni Unite mette in luce in modo ancora più incisivo l'aspetto in questione, che, comunque, costituiva già un punto fermo in dottrina⁹, di fatto ponendo un freno ad ogni possibile forma di semplificazione probatoria, finanche in contesti autoevidenti, là dove cioè l'epilogo in ordine alla sussistenza dell'aggravante non verrebbe modificato neppure se si optasse per una ricognizione più puntuale della menomazione difensiva. Netta, infatti, è la subordinazione della rilevanza aggravante del tempo di notte alla duplice verifica probatoria «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».

Il dato, peraltro, è esplicitato dalle Sezioni Unite ben al di là della circostanza specifica oggetto di rimessione, con una valenza generalizzante rispetto a tutte le condizioni enucleate dall'art. 61, comma 1, n. 5, c.p. Il punto di forza della pronuncia risiede, invero, nella lettura "simbiotica" delle circostanze "di tempo", "di luogo", "di persona" menzionate dalla norma, ivi inclusa l'eventuale incidenza dell'età della vittima, le quali devono tutte, a prescindere dal fatto che si siano verificate o meno per volontà dell'agente, avere avuto quanto meno un ruolo significativo nell'ostacolare – senza necessariamente impedire – la reazione (privata o pubblica) al reato.

Anche per gli elementi circostanziali che aggravano il trattamento punitivo, dunque, la stella polare dell'ermeneutica è incarnata dal principio di offensività, da cui discende – come per tutte le norme penali di sfavore – la necessità di tagliare fuori dal tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto, per quanto astrattamente compatibili con la *littera legis*¹⁰.

Si comprende così il ruolo cruciale dell'accertamento, trattandosi di esaltare, segnatamente attraverso un giudizio prognostico *a posteriori*, «il contesto e le peculiari condizioni che abbiano effettivamente agevolato la consumazione del reato, incidendo in concreto sulle possibilità di difesa». Osservano, infatti, le Sezioni Unite che «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 profitto – in cui

⁹ Per tutti, T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino Utet, 1988, p. 218.

¹⁰ Cfr., segnatamente, Cass. pen., SS. UU., 18 luglio 2013, n. 40354, Rv. 255974.

versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato».

Tenendo fermo ciò – concludono le Sezioni Unite – va conseguentemente ricalibrata anche la questione, parimenti problematica, dell'eventuale predisposizione *in loco* di un sistema di videosorveglianza; operando alla stregua di una “questione di fatto”, detta circostanza, infatti, può essere valorizzata tanto per escludere, quanto per accreditare la ricorrenza dell'aggravante della minorata difesa.