

Penale Sent. Sez. U Num. 40275 Anno 2021

Presidente: CASSANO MARGHERITA

Relatore: BELTRANI SERGIO

Data Udienza: 15/07/2021

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Cardellini Erik Alexander, nato a Civitanova Marche (MC) il 06/07/1987,
Porcelli Agostino, nato a Lucera (FG) il 26/10/1972,

avverso la sentenza della Corte d'appello di Ancona del 18/04/2016.

Visti gli atti, la sentenza impugnata ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal componente Sergio Beltrani;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Pietro Gaeta,
che ha concluso chiedendo l'annullamento della sentenza, con rinvio alla
Corte di appello di Ancona per un nuovo giudizio;

udito l'avvocato Massimo Pistelli (per Cardellini), che ha concluso
riportandosi ai motivi di ricorso e chiedendone l'accoglimento;



preso atto che nessuno è comparso per Porcelli e rilevata la regolarità degli avvisi di rito.

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Macerata, con sentenza del 20 novembre 2015, emessa all'esito del giudizio abbreviato, aveva dichiarato Erik Alexander Cardellini ed Agostino Porcelli (unitamente ad altro coimputato non ricorrente) colpevoli di concorso nel reato di furto pluriaggravato ex artt. 61, primo comma, n. 5 e 625, primo comma, nn. 5 e 7, cod. pen. (agli imputati era stata contestata la sottrazione di diciassette bancali in legno, giacenti sul piazzale della ditta "Dolci di Alessandro Costa s.r.l.", all'interno del quale essi si erano introdotti di notte, scavalcando la sbarra posta a presidio dell'accesso e caricando la refurtiva su di un furgone all'uopo noleggiato); esclusa la recidiva semplice contestata al Porcelli, ritenuta la recidiva reiterata specifica contestata al Cardellini, riconosciuta in favore di entrambi la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4, cod. pen., sempre con giudizio di equivalenza alle ritenute circostanze aggravanti, il Tribunale aveva condannato ciascuno alla pena ritenuta di giustizia, per entrambi con il beneficio della sospensione condizionale.

1.1. Con atti di appello disgiunti, gli imputati avevano censurato:

- (Cardellini) il diniego delle circostanze attenuanti generiche e del risarcimento del danno, sollecitando altresì un giudizio di prevalenza della circostanza attenuante già riconosciuta (e di quelle delle quali reclamava il riconoscimento) sulle circostanze aggravanti concorrenti ed una riduzione della pena;

- (Porcelli) la configurazione delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 61, primo comma, n. 5, e 625, primo comma, n. 7, cod. pen., poiché "la circostanza che lo spiazzale dove il furto è avvenuto fosse sorvegliato da un dispositivo video di controllo e che fosse attivo un servizio di vigilanza privato (che ha colto sul fatto i ladri)" era sufficiente ad escluderne la configurabilità, e comunque l'eccessività della pena.

2. La Corte d'appello di Ancona, con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto i motivi di gravame riguardanti la conclusiva determinazione del trattamento sanzionatorio, conseguentemente riducendo per entrambi gli imputati la pena ritenuta di giustizia dal primo giudice, ed ha confermato la sentenza impugnata nel resto.

2.1. La Corte di appello ha, in particolare, configurato la circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa", valorizzando unicamente il tempo di

notte in cui l'azione era stata posta in essere, ed ha ritenuto che le *res* oggetto del furto contestato fossero esposte alla pubblica fede, in quanto custodite all'interno di un luogo privato recintato, ma facilmente accessibile, nonostante la presenza di un impianto di videosorveglianza (che, nel caso concreto, sarebbe stato, peraltro, manipolato tanto da disorientare la ripresa dell'ingresso del sito), in quanto inidoneo ad impedire l'ingresso e la sottrazione.

3. Contro la predetta decisione, sono stati tempestivamente proposti nell'interesse degli imputati ricorsi disgiunti per i seguenti motivi, che, come previsto dall'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen., saranno enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione.

3.1. Ricorso Cardellini Erik Alexander.

Il ricorrente deduce:

I - violazione di legge in riferimento alla circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., configurata valorizzando unicamente la commissione del reato di notte, senza valutare se ne derivasse effettivamente una condizione di minorata difesa;

II - vizio della motivazione quanto al diniego delle circostanze attenuanti generiche, avendo al riguardo la Corte territoriale immotivatamente svalutato il comportamento processuale asseritamente positivo dell'imputato.

3.2. Ricorso Porcelli Agostino.

Il ricorrente deduce:

I - violazione di legge in riferimento alle circostanze aggravanti, ritenute sussistenti, ma in realtà non configurabili, perché il piazzale dove il furto era avvenuto era sorvegliato da un dispositivo video di controllo ed *in loco* era attivo un servizio di vigilanza privata (che, in concreto, aveva consentito di cogliere sul fatto i ladri).

4. Il ricorso è stato assegnato alla Quinta Sezione, che, con ordinanza n. 10778 del 12 marzo 2021, ne ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., rilevando l'esistenza di contrasti interpretativi in ordine alla sufficienza della commissione del reato "in tempo di notte" ai fini dell'integrazione della condizione di minorata difesa prevista come circostanza aggravante dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., questione rilevante ai fini della decisione, in considerazione della sorveglianza assicurata in loco, anche in tempo di notte, da dispositivi di videoripresa e dal servizio di vigilanza privata. All'orientamento più risalente, per il quale la commissione del reato "in tempo di notte", pur non espressamente menzionata dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., integrerebbe di per sé una "circostanza di tempo"

suscettibile di determinare uno stato di minorata difesa (sia perché nelle vie, meno illuminate, è esercitata una minore vigilanza pubblica, sia per la mancata ordinaria vigilanza dei privati, in orario notturno generalmente dediti al riposo), si contrappone altro orientamento per il quale il tempo di notte non determina condizioni di minorata difesa di per sé, ma soltanto se con esso concorrono circostanze fattuali ulteriori che, valutate complessivamente, determinino una diminuzione delle capacità di difesa, sia pubblica che privata.

5. Con decreto del 31 marzo 2021, il Presidente Aggiunto, preso atto dell'esistenza e della rilevanza ai fini della decisione del contrasto giurisprudenziale ravvisato dall'ordinanza di rimessione, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissandone, su richiesta della Procura generale, la trattazione orale (ai sensi dell'art. 23 d.l. n. 137 del 2020, convertito, con modifiche, dalla legge n. 176 del 2020) per l'odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

La questione rimessa alle Sezioni unite è stata così formulata:

"se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen."

1. Prima di esaminare la questione controversa, è necessario verificare se le relative doglianze degli imputati siano consentite.

L'imputato Cardellini non aveva proposto alcun motivo di gravame quanto alla configurabilità della circostanza aggravante *de qua*: ai sensi dell'art. 606, comma 3, cod. proc. pen., l'odierno motivo di ricorso non è, quindi, consentito; è, peraltro, certamente consentito il corrispondente motivo di ricorso dell'imputato Porcelli, che, come anticipato in sede di riepilogo dei motivi di gravame, aveva formulato sul punto un motivo sintetico, ma sufficientemente specifico.

2. Il primo degli orientamenti in contrasto ritiene che la commissione del reato "in tempo di notte" integri di per sé gli estremi della circostanza aggravante della minorata difesa.

Il principio è stato affermato in termini così netti da poche e risalenti decisioni (Sez. 2, n. 2947 del 13/10/1980, dep. 1981, Marino, Rv. 148284, in tema di furto in un museo di un centro urbano; Sez. 5, n. 34 del 16/01/1969, Baldi, Rv. 110728, in tema di violazione di domicilio, precisando che «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»), ed è stato in tempi più recenti ribadito nei medesimi termini unicamente da Sez. 5, n. 20480 del 26/02/2018, Lo Manto, Rv. 272602 (per la quale «la commissione del furto in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante di minorata difesa, posto che la *ratio* dell'istituto qui in esame risiede nel fatto che non si non si richiede che la pubblica o privata difesa sia del tutto impossibile, ma che essa sia semplicemente ostacolata») e da Sez. 2, n. 2916 del 10/12/2019, dep. 2020, Ferrise, non mass.

2.1. Nell'ambito del predetto orientamento, numerose decisioni precisano che la commissione del reato "in tempo di notte" integra la circostanza aggravante in esame soltanto se sia verificato in concreto che ne sia conseguita una effettiva minorazione delle capacità di difesa pubblica o privata (così, tra le prime, Sez. 2, n. 352 del 17/02/1969, Colombi, Rv. 112006, che evidenzia che il reato era stato commesso agendo in ora notturna, mentre il derubato dormiva, in un piccolo paese privo, durante la notte, di vigilanza da parte degli organi di polizia).

Questo orientamento è stato successivamente ribadito da Sez. 2, n. 9088 del 03/05/1991, Loschi, Rv. 188134, per la quale, in astratto, la commissione del reato in tempo di notte è idonea ad integrare la circostanza aggravante *de qua* (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 dell'appartamento), ma resta ferma la necessità di verificare in concreto il ricorrere degli ordinari attributi del tempo di notte (ad es., accidentalmente il soggetto passivo poteva essere sveglio, oppure la sua abitazione poteva trovarsi in zona particolarmente frequentata anche di notte) o di circostanze fattuali ulteriori, atte a ripristinare le ordinarie possibilità di difesa (ad es., l'esistenza di sistemi di allarme).

Nel medesimo senso si sono successivamente pronunciate, tra le altre, Sez. 2, n. 5266 del 13/12/2005, dep. 2006, Moscato, Rv. 233573 (con la precisazione che il giudice deve espressamente motivare sul perché dalla commissione del reato in tempo di notte consegua in concreto un ostacolo alle possibilità di difesa della vittima del fatto criminoso); Sez. 5, n. 7433 del 13/01/2011, Santamaria, Rv. 249603 (fattispecie di tentato furto commesso all'interno di azienda agrituristica ove, di notte, non viveva alcuno); Sez. 5, n. 19615 dell'11/03/2011, Garritano, Rv. 250183 (reato commesso di notte in luogo non illuminato); Sez. 5, n. 32244 del 26/01/2015, Halilovic, Rv. 265300 (per la quale è sufficiente valorizzare la commissione del fatto in tempo di notte, in considerazione delle sue ordinarie conseguenze: ridotta vigilanza nelle pubbliche vie; minore

possibilità della presenza di terzi; mancanza dell'ordinaria vigilanza da parte del proprietario, purché non ricorrano circostanze concrete di segno contrario idonee a rimuovere l'ostacolo alle possibilità di difesa pubblica o privata).

3. Il secondo degli orientamenti in contrasto ritiene che la commissione del reato "in tempo di notte" non costituisca, di per sé, un elemento determinante ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto, che risulta configurabile soltanto quando con essa concorrano altre circostanze di fatto idonee a menomare, in concreto, le capacità di pubblica o privata difesa. In tale prospettiva, la commissione del reato "in tempo di notte" costituirebbe, quindi, elemento di per sé "neutro", suscettibile di essere valorizzato ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto solo se, ed in quanto, con esso concorrano ulteriori circostanze fattuali, anche di natura diversa (Sez. 1, n. 346 del 20/05/1987, dep. 1988, Raddato, Rv. 177396; Sez. 2, n. 6694 del 03/02/1976, Stipa, Rv. 136921; Sez. 1, n. 475 del 22/03/1968, Spinello, Rv. 108726; conformi, tra le altre).

In epoca più recente, l'orientamento è stato affermato da Sez. 2, n. 3598 del 18/01/2011, Salvatore, Rv. 249270, per la quale, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, «se il tempo di notte, di per sé 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» (la decisione si conforma dichiaratamente a Sez. 1, n. 346 del 1988 cit., di cui riporta in motivazione la massima ufficiale, senza dare atto dell'esistenza di un contrario orientamento). E' stato poi ribadito, tra le altre, da Sez. 5, n. 9569 del 01/02/2021, Zeneli, non mass. (che ha valorizzato, ai fini della decisione, il concorrere di circostanze estrinseche ulteriori, ovvero l'essere stati i furti compiuti non soltanto di notte, ma in luoghi isolati o comunque lontani dal centro cittadino) e da Sez. 2, n. 20327 del 19/05/2021, Abbate, non mass. (che ha annullato la sentenza impugnata perché, pur avendo la Corte di appello motivato la configurazione della circostanza aggravante *de qua* valorizzando il fatto che l'azione criminosa furtiva in danno di uno sportello Bancomat del Banco di Sicilia era stata in concreto facilitata dal fatto di essere stata perpetrata in tempo di notte, in difetto di vigilanza del proprietario, non erano state tuttavia individuate ulteriori circostanze fattuali atte ad ingenerare in concreto la necessaria situazione di minorata difesa).

3.1. L'orientamento risulta in linea di principio condiviso anche da numerose sentenze le quali, peraltro, ai fini della decisione, si sono limitate a prendere atto del fatto che, nei casi esaminati, ricorrevano non ulteriori condizioni fattuali estrinseche rispetto al tempo di notte, come sarebbe stato richiesto dal principio di diritto enunciato, bensì alcune delle connotazioni intrinseche che caratterizzano il tempo di notte (Sez. 4, n. 53343 del 30/11/2016, Mihai, Rv. 268697 ha valorizzato la circostanza che l'autovettura rubata era parcheggiata, in ora notturna, in una zona periferica pressoché deserta e non sorvegliata; Sez. 4, n. 53570 del 05/10/2017, Torre, Rv. 271259, ha sottolineato che il furto era stato perpetrato in orario notturno all'interno di una officina sita in una zona periferica nella quale non vi erano esercizi commerciali aperti; Sez. 4, n. 10060 del 14/02/2019, Slama Badr, Rv. 275272, ha attribuito rilievo al fatto che il soggetto cui era stato rubato il portafogli dormiva di notte nella sala d'aspetto della locale stazione ferroviaria; Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876, ha argomentato che, avendo l'imputato ed i suoi complici agito in piena notte, avevano così vulnerato le possibilità ordinarie di difesa della vittima della condotta omicidiaria, per l'assenza di soggetti in grado di intervenire in suo soccorso, di percepire le sue grida di aiuto e la presenza di malintenzionati all'interno della sua abitazione; Sez. 1, n. 51871 del 18/10/2019, Rossi, non mass., ha osservato che il fatto era stato posto in essere "in orario quasi notturno" ed in "mancanza di illuminazione").

4. Se si prescinde dalle astratte affermazioni di principio, nettamente contrastanti, e si ha riguardo alle applicazioni pratiche, in seno ad entrambi gli orientamenti in contrasto risultano, pertanto, enucleabili orientamenti intermedi, senz'altro dominanti, che, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto, ritengono la sufficienza della commissione del reato in tempo di notte, se sia stato verificato in concreto che essa abbia generato una situazione di minorata difesa.

Di ciò si mostrano espressamente consapevoli alcune decisioni. Ad esempio, Sez. 5, n. 7026 del 13/01/2020, Nisco, Rv. 278855, premesso che, a fronte di una situazione astratta *ex se* rilevante, come la commissione del reato in orario notturno, possono risultare accertate in concreto circostanze peculiari in grado di accentuare le possibilità di difesa delle vittime, ha osservato che ciò «altro non vuol dire se non che occorre procedere ad una valutazione in concreto della fattispecie *sub iudice*», ed ha conseguentemente ritenuto che la circostanza aggravante in oggetto fosse stata correttamente configurata in un caso nel quale la condotta furtiva aveva avuto luogo, nell'intero suo svolgersi, «quando era

ancora buio (dalle 3 alle 7 [di un giorno] del mese di gennaio e quando nessuno era presente nel luogo preso di mira)».

In maniera ancor più esplicita, Sez. 5, n. 15674 del 04/05/2020, Foti, non mass., pur dichiarando adesione al secondo orientamento, ha ammesso che, 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 e, con riferimento al caso esaminato, ha reputato sufficiente aver precisato che il fatto aveva avuto luogo di notte, stante «la presenza di un numero assai limitato di persone», ovvero previa verifica del ricorrere in concreto di una delle peculiari connotazioni ordinarie del tempo di notte.

4.1. Tali ultimi rilievi vanno certamente condivisi.

Invero, la sufficienza, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante *de qua*, della commissione del reato in "tempo di notte" di per sé valorizzato, in difetto della verifica concreta della sua incidenza, viene ormai sostenuta soltanto episodicamente da questa Corte (da ultimo, Sez. 2, n. 2916 del 10/12/2019, dep. 2020, Ferrise, non mass.), oltre che, più frequentemente, da parte della giurisprudenza di merito (come desumibile dai ricordati plurimi annullamenti intervenuti sul punto in sede di legittimità); altrettanto episodicamente si esige, ai fini *de quibus*, il concorrere di circostanze fattuali ulteriori e diverse rispetto alla commissione del reato "in tempo di notte" (da ultimo, Sez. 2, n. 20327 del 2021, Abbate, non mass.).

5. Va, inoltre, segnalata l'esistenza di un ulteriore contrasto, avente ad oggetto la valenza, ai fini dell'esclusione dell'ostacolo alla difesa pubblica o privata contro reati commessi in tempo di notte, della predisposizione nel *locus commissi delicti* di un sistema di videosorveglianza.

Un orientamento, al fine dell'esclusione della circostanza aggravante *de qua*, attribuisce rilievo all'esistenza di un sistema di videosorveglianza, previa verifica concreta della sua efficacia (Sez. 5, n. 32813 del 06/02/2019, Alvaro, Rv. 277086; Sez. 5, n. 13806 del 18/02/2020, Napolitano, non mass.: quest'ultima, premessa la necessità della verifica in concreto dell'incidenza della commissione del reato in tempo di notte sulle possibilità di difesa pubblica e privata, ha annullato la sentenza impugnata per non aver valutato la possibile incidenza della presenza di un impianto di videosorveglianza sull'effettività dell'ostacolo alla difesa derivante dal fatto che la condotta furtiva era stata posta in essere in tempo di notte, pur essendosi dato atto che grazie ad esso il furto non era stato consumato).

Altro orientamento ritiene che la predisposizione *in loco* di un sistema di videosorveglianza non faccia venir meno, di per sé, la situazione di minorata

difesa, limitandosi unicamente a consentire *ex post* una più rapida identificazione del ladro (Sez. 4, n. 10060 del 14/02/2019, Slama Badr, Rv. 275272).

6. Le dottrine più autorevoli non risultano aver dedicato grande attenzione alla questione controversa: i pochi Autori che se ne sono occupati aderiscono, con sintetiche argomentazioni, al secondo orientamento (in linea di massima recependo il *dictum* di decisioni giurisprudenziali condivise), valorizzando, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante in oggetto, «l'ora notturna solo se accompagnata da altre circostanze» o «condizioni che rivelino una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata», ovvero precisando che «il solo tempo di notte non integra di per sé l'aggravante», poiché occorre l'accertamento in concreto della diminuita capacità di difesa, non bastando l'idoneità astratta delle circostanze.

7. Appare opportuno evidenziare che risulta recentemente emerso, in senso alla giurisprudenza di questa Corte, un contrasto, concettualmente analogo a quello devoluto, riguardante la possibilità che la commissione del fatto in danno di persone di età avanzata configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.

L'art. 1, comma 7, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), recependo l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in precedenza, ha introdotto nel testo dell'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., il riferimento all'età della vittima (inserendovi le parole «anche in riferimento all'età»); la modifica ha posto il problema di stabilire se il nuovo riferimento espresso all'età della vittima del reato comporti la necessaria ed automatica configurazione della circostanza aggravante valorizzando il solo dato oggettivo dell'età avanzata della persona offesa, ovvero se il legislatore abbia voluto introdurre una presunzione meramente relativa di minorata difesa legata all'età della vittima.

7.1. Secondo l'orientamento per lungo tempo dominante, 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 o incapacità di orientarsi secondo criteri di normalità da parte della vittima, con conseguente agevolazione della condotta criminosa in suo danno (Sez. 2, n. 35997 del 23/09/2010, Licciardello, Rv. 248163: fattispecie in tema di truffa consumata, con le medesime modalità, in

danno di numerose persone, tutte di età compresa tra i sessantaquattro e gli ottantaquattro anni).

Nel medesimo senso si sono successivamente pronunciate, tra le altre, Sez. 5, n. 38347 del 13/07/2011, Cavò, Rv. 250948 (fattispecie in tema di furto di danaro in danno di un anziano); Sez. 2, n. 8998 del 18/11/2014, dep. 2015, Genovese, Rv. 262564 (che ha valorizzato, in motivazione, il fatto che la sentenza impugnata avesse puntualmente evidenziato le ridotte capacità fisiche della settantaquattrenne vittima di una rapina, nonché la circostanza che quando ella aveva accennato a reagire alle minacce dell'imputato e del complice, era stata afferrata per le spalle e buttata per terra); Sez. 2, n. 47186 del 22/10/2019, Bona, Rv. 277780 (fattispecie di truffa perpetrata in danno di una donna di 73 anni, in riferimento alla quale è stata esclusa la configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa in ragione della vigile attenzione reattiva ai raggiri prestata dalla persona offesa e della prontezza dimostrata nel raccogliere elementi utili all'identificazione dell'agente).

Da ultimo, Sez. 2, n. 37865 del 23/09/2020, Chiaramida, non mass., ha osservato che «l'età avanzata che - sulla base di massime di esperienza - risulta associata ad una minore reattività fisica e cognitiva e rileva dunque nei reati che richiedono una interazione diretta con la vittima, è un indice "relativo" di vulnerabilità che deve essere sottoposto ad un vaglio giudiziale che ne confermi o 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; meno discontinuità si rinvencono nella perdita di reattività "fisica", inevitabile con l'incedere dell'età. Ricondata l'età avanzata ad indice non assoluto, ma relativo di vulnerabilità sarà compito del giudice di merito valutare se nella interazione con l'autore del reato l'età della vittima abbia svolto un ruolo agevolatore a causa del decadimento fisico o cognitivo dell'offeso».

7.2. Un contrario orientamento (inaugurato da Sez. 5, n. 12796 del 21/02/2019, De Paola, Rv. 275305, che si è posta in consapevole contrasto con l'orientamento in precedente dominante), ritiene, con riferimento ai soli reati che presuppongono l'interazione tra l'autore del fatto e la vittima (nella specie, furto con strappo), che, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., l'agevolazione all'agire illecito derivante dall'età avanzata della persona offesa è *in re ipsa*, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa. Non può essere messo in dubbio — in ossequio ad una massima di esperienza di indiscutibile affidabilità — 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'obiettivo 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, nella quale potrebbe, in teoria, insinuarsi la reazione della persona offesa e non già in altre situazioni in cui tale interazione non vi sia perché il reato prescinde dai contatti autore-vittima. Non può, quindi, negarsi che i reati che producono un impatto sulla sfera fisica o psichica del soggetto passivo da parte dell'autore, e la cui buona riuscita dipenda dalla maggiore o minore capacità di reazione all'offesa da parte della vittima «rechino *in re ipsa* la dimostrazione quantomeno dell'agevolazione derivata dall'età avanzata della vittima, senza che sul giudice debba gravare un onere motivazionale specifico ed ulteriore (rispetto al rilievo del dato obiettivo dell'età) che appare superfluo, alla luce della massima di esperienza sopra ricordata».

L'orientamento risulta in linea di principio accolto da numerose decisioni (tra le quali, Sez. 5, n. 1555 del 15/10/2019, dep. 2020, Gaglioti, non mass.: fattispecie nella quale la circostanza aggravante della minorata difesa è stata configurata sulla base dell'avanzata età senile delle vittime, una signora ultracentenaria ed una ultraottantenne; Sez. 5, n. 40476 del 24/06/2019, Giudici, non mass.: Sez. 5, n. 40476 del 24/06/2019, Giudici, non mass.: fattispecie nella quale l'età avanzata della vittima, all'epoca ottantenne, aveva certamente agevolato la commissione del fatto, materializzatosi nel furto con strappo della borsetta, avvenuto nella pubblica via, cui la donna non era riuscita ad opporre alcuna resistenza fisica), pur se in molti casi non è risultato determinante ai fini della decisione (cfr., ad es., Sez. fer., n. 43285 del 08/08/2019, Diana, non mass.: fattispecie nella quale la circostanza aggravante *de qua* era stata contestata e ritenuta non solo in relazione all'età avanzata delle persone offese, ma anche in ragione «dell'essersi le stesse "trovate sole" nel corso dell'azione delittuosa subita»; Sez. 2, n. 46677 del 20/09/2019, Ariolfo, non mass.: fattispecie nella quale la circostanza aggravante *de qua* era stata contestata e ritenuta non solo in relazione all'età avanzata delle persone offese, ma valorizzando anche «le loro difese diminuite dallo stato di malattia o dalla pregressa conoscenza e appartenenza comune all'Arma»; Sez. 2, n. 3851 del 13/12/2019, dep. 2020, Bruccoleri, non mass.: fattispecie nella quale la circostanza aggravante *de qua* era stata contestata e ritenuta non solo in relazione all'età avanzata delle persone offese – due donne, una di sessantanove anni, l'altra di settantasette anni – ma anche valorizzando il fatto che esse erano state «selezionate con cura dagli imputati in quanto si trovavano a passeggio da

sole per la via e quindi impossibilitate a sollecitare l'aiuto di terzi»; pertanto, «non solo il requisito anagrafico era idoneo a minare le possibilità di resistenza e difesa, ma a ciò si è aggiunto il complessivo contesto spazio-temporale nel quale si sono sviluppate le azioni di reato»).

8. Queste Sezioni Unite ritengono che la commissione del reato "in tempo di notte" possa integrare, anche in difetto di ulteriori circostanze di tempo, di luogo, di persona, la circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa" (art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.), sempre che sia stata raggiunta la prova che la possibilità di pubblica o privata difesa ne sia rimasta in concreto ostacolata e che non ricorrano circostanze ulteriori, di qualunque natura, idonee a neutralizzare il predetto effetto.

9. Nell'ambito delle codificazioni più recenti, la considerazione della valenza del tempo di notte quale specifica circostanza aggravante ha vissuto alterne vicende.

Il codice penale del 1859 annoverava specificamente la commissione del reato "in tempo di notte" tra le circostanze che «qualificavano» e, pertanto, aggravavano, il reato di furto; l'art. 613, infatti, stabiliva che «quando la notte serve a qualificare o a rendere più grave il reato si avrà per notte tutto quel tempo che corre da un'ora dopo il tramonto ad un'ora prima della levata del sole».

Anche il codice penale del 1889, pur avendo eliminato la specifica delimitazione temporale del "tempo di notte" esistente nel codice penale del 1859, rimettendo la questione alla valutazione discrezionale del giudice, continuò a considerare aggravato il reato commesso col favore delle tenebre: gli artt. 157 e 329 prevedevano, rispettivamente, le ipotesi aggravate dal tempo di notte dei reati di violazione di domicilio ed incendio, inondazione e sommersione, pur essendo rimessa la determinazione del tempo di notte «al prudente discernimento del giudice, che, secondo il luogo, la stagione e le circostanze in cui il reato è commesso, dovrà stabilirne la ricorrenza, vera e reale».

10. Nel codice penale vigente, ai sensi dell'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., aggrava il reato «l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa».

Le condizioni di "minorata difesa" previste dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen. sono richiamate anche:

- dall'art. 55, secondo comma, cod. pen. [a norma del quale, in tema di eccesso colposo, «Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) (...)]»;

- dall'art. 131-*bis*, secondo comma, cod. pen. [a norma del quale, in tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, «L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore (...) ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa (...)]»;

- dall'art. 613-*bis*, primo comma, cod. pen. (a norma del quale commette il reato di tortura «chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa»).

La commissione del fatto-reato in tempo di notte è, inoltre, richiamata direttamente dall'art. 699, terzo comma, cod. pen. (a norma del quale, con riguardo alla residuale fattispecie contravvenzionale di porto abusivo di armi, «Se alcuno dei fatti preveduti dalle disposizioni precedenti è commesso in un luogo ove sia concorso o adunanza di persone, o di notte in luogo abitato, le pene sono aumentate»), ed indirettamente dall'art. 187, comma 1-*quater*, cod. strada [a norma del quale, in tema di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, «L'ammenda prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quanto il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7 (...)]».

10.1. Trattasi di previsioni che, esaminate congiuntamente, palesano una ricorrente valutazione legislativa di maggiore offensività delle condotte poste in essere nelle richiamate condizioni, negli ultimi due casi con riferimento specifico al solo "tempo di notte".

11. Secondo il pacifico orientamento di questa Corte, che si intende qui ribadire, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., occorre che qualsiasi tipo di circostanza fattuale valorizzabile (di tempo, di luogo, di persona, anche in riferimento all'età) agevoli la commissione del reato, rendendo la pubblica o privata difesa, ancorché non impossibile, concretamente ostacolata (Sez. 2, n. 6608 del 14/11/2013, dep. 2014, Di Guida, Rv. 258337; Sez. 6, n. 18485 del 15/01/2020, Cannata, Rv. 279302); peraltro, ai fini dell'integrazione di essa, occorre sempre verificare,

sulla base di un giudizio di prognosi postuma, operato *ex ante* ed in concreto, il contesto e le peculiari condizioni che abbiano effettivamente agevolato la consumazione del reato, incidendo in concreto sulle possibilità di difesa (Sez. 5, n. 8004 del 13/01/2021, C., Rv. 280672).

11.1. Analogamente, questa Corte ha ritenuto che sussistono le condizioni di minorata difesa, che integrano la materialità del delitto di tortura, ogni qualvolta la resistenza della vittima alla condotta dell'agente sia ostacolata da particolari fattori ambientali, temporali o personali (Sez. 5, n. 47079 del 08/07/2019, R., Rv. 277544), e che, tra questi ultimi, vanno valorizzati quelli che facilitino l'azione criminale e 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. Ha, altresì, precisato che la vulnerabilità della vittima va valutata in relazione al momento in cui l'aggressione viene perpetrata, e non già con riferimento alla possibilità di una reazione successiva, come quella che potrebbe consistere nella denuncia dei fatti (Sez. 5, n. 50208 del 11/10/2019, S., Rv. 277841).

11.2. La giurisprudenza di questa Corte, condivisa dal collegio, ritiene che la circostanza aggravante in questione abbia natura oggettiva, e sia, pertanto, integrata per il solo fatto, obiettivamente considerato, del ricorrere di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa, a nulla rilevando che dette condizioni siano maturate occasionalmente o indipendentemente dalla volontà dell'agente (Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876; fattispecie in tema di omicidio; Sez. 1, n. 39560 del 06/06/2019, Souhu Mahdi, Rv. 276871; Sez. 5, n. 14995 del 23/02/2005, Bordogna, Rv. 231359: fattispecie relativa ad omicidio commesso nei confronti di una donna all'ottavo mese di gravidanza, che si trovava sola nella propria abitazione; Sez. 2, n. 44624 del 08/07/2004, Alcamo, Rv. 230244: fattispecie relativa ad omicidio commesso in zona isolata ed in ora notturna, approfittando anche della presenza di alberi utili a nascondere gli esecutori in agguato).

12. Il fondamento della circostanza aggravante della c.d. minorata difesa, in riferimento a ciascuna delle tipologie di elementi fattuali che possono integrarla, è stato generalmente ravvisato nel maggior disvalore che la condotta assume nei casi in cui l'agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui quest'ultima viene a svolgersi; tale *ratio* è chiaramente evincibile dalla Relazione del Guardasigilli al Re sul codice penale del 1930, dove si chiarisce che il concetto di "minorata difesa" «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», e si precisa

incisivamente, con rilievi che appaiono tuttora di estrema attualità, 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».

12.1. Tale assunto va condiviso e ribadito, tenuto conto della necessità di interpretare le preesistenti norme penali di sfavore (quale è certamente quella che prevede un circostanza aggravante) nel rispetto della sopravvenuta Costituzione repubblicana.

Come già chiarito in generale da questa Corte (Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013, Sciuscio, in motivazione), infatti, «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, sia i «singoli tipi di reato» che - si aggiunge, per evidente identità di *ratio* - gli elementi 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».

E solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentono, 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»; 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, primo comma, n. 5, cod. pen. (Sez. 4, n. 15214 del 6/3/2018, Ghezzi, Rv. 273725; Sez. 2, n. 28795 del 11/05/2016, De Biasi, Rv. 267496, peraltro non riguardante il "tempo di notte", bensì l'approfittamento dello stato di disoccupazione in cui versavano i candidati truffati in un periodo di grave crisi economica).

12.2. D'altro canto, sia pur in riferimento ad istituti diversi, la giurisprudenza costituzionale (tra le altre, Corte cost., n. 110 del 2012; n. 265 del 2010; n. 354 del 2002; n. 370 del 1996) ha già evidenziato, in plurime occasioni, che l'esigenza dell'interpretazione conforme a Costituzione delle norme incriminatrici e di quelle che ne aggravano la dimensione sanzionatoria non tollera automatismi fondati su presunzioni assolute, che vulnererebbero valori costituzionali: «di contro, la previsione di una presunzione solo relativa - atta a

realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario - non eccede i limiti di compatibilità costituzionale (...)» (Corte cost., n. 48 del 2015).

12.3. Questa esigenza è stata puntualmente colta da numerose decisioni che aderiscono al primo orientamento.

Ad esempio, Sez. 5, Sentenza n. 8819 del 02/02/2010, Maero, Rv. 246160, ha precisato che non basta «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», escludendo la configurazione della circostanza aggravante *de qua*, perché la Corte di appello aveva richiamato la commissione del reato in ore pomeridiane e serali, e non notturne, «ovvero ad un periodo della giornata nel quale non si determinano, specialmente in zone centrali della città, come nel caso di specie, condizioni che possano concretamente ostacolare la difesa», ed evidenziando altresì che i fatti si erano verificati in un edificio pubblico, peraltro adibito ad uffici della Polizia Municipale, «che solitamente è sorvegliato anche in orari non di ufficio». Sez. 5, n. 50500 del 04/07/2018, Vlaicu, Rv. 274724 ha valorizzato il fatto che la commissione del furto in tempo di notte aveva effettivamente inciso sulle possibilità di difesa, in quanto il furto aveva avuto luogo in zona prevalentemente commerciale, nella quale in orario notturno vi era assenza di automobilisti e di passanti. Sez. 4, n. 30990 del 17/05/2019, Tanzi, Rv. 276794, premesso che non vale ad integrare automaticamente la circostanza aggravante della minorata difesa (che si fonda su una valutazione in concreto delle condizioni che hanno consentito di facilitare l'azione criminosa) la sola situazione astratta del tempo di notte, ha ritenuto sufficiente ad integrarla il fatto che il furto fosse stato commesso agendo quando era già buio, sul retro di una villa ed in assenza di controlli, ovvero in presenza delle connotazioni intrinseche ordinarie del tempo di notte, il cui ricorrere in concreto era stato verificato.

13. Per altro verso, deve precisarsi che, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa", è pacificamente sufficiente anche il ricorrere di una sola circostanza di tempo, di luogo o di persona, se astrattamente idonea ad ostacolare le possibilità di pubblica o privata difesa, e sempre che in concreto tale effetto ne sia effettivamente conseguito: è pur vero che l'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., adopera il plurale ("circostanze"),

ma all'evidenza in riferimento alle tre distinte tipologie di circostanze cui attribuisce rilievo.

Non può, pertanto, condividersi la necessità, ritenuta (sia pur, nella maggior parte dei casi, solo in astratto) dal secondo orientamento, del concorrere, con la commissione del fatto "in tempo di notte", di ulteriori circostanze fattuali, anche di natura diversa.

13.1. Peraltro, numerose decisioni che aderiscono al secondo orientamento, premesso il principio, hanno poi valorizzato, ai fini della decisione, non il concorrere di circostanze fattuali ulteriori, bensì il fatto che la commissione del reato in "tempo di notte" avesse in concreto favorito la commissione del reato.

Ai fini della configurazione della circostanza aggravante *de qua* è stato, ad esempio, valorizzato il fatto che le vie erano deserte per l'ora inoltrata ed il sonno profondo dei cittadini (Sez. 2, n. 23 del 13/01/1970, dep. 1971, Bianchini, Rv. 116421); che il parcheggio dell'area di servizio dove sostava il TIR ai danni del cui conducente, che dormiva, era stata commessa la rapina era poco illuminato e non frequentato data l'ora notturna (Sez. 4, n. 17121 del 04/02/2020, Anghel, Rv. 279243); che il furto era stato perpetrato in orario notturno, nei pressi di una fermata d'autobus, in una zona a ridotto passaggio di persone (Sez. 4, n. 34357 del 25/11/2020, Amato, Rv. 280052); che il furto era stato compiuto in una villa isolata, disabitata di notte perché adibita ad uffici e poco illuminata, e l'impianto di videosorveglianza ed i sistemi di allarme (dei quali l'imputato aveva invocato l'esistenza) non avevano in concreto rimosso l'ostacolo alla difesa derivante dall'essere stato il fatto commesso in tempo di notte (Sez. 5, n. 12051 del 14/01/2021, Grim, Rv. 280812).

14. Può, quindi, affermarsi che, come direttamente od indirettamente ritenuto dalla maggior parte delle decisioni che, pur ascrivibili all'uno od all'altro degli orientamenti in contrasto, si sono occupate della questione, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa" l'interprete deve rifuggire dalla prospettiva anche implicita della valorizzazione di presunzioni assolute, e non può limitarsi a richiamare il dato astratto della commissione del reato in tempo di notte, dovendo considerare lo specifico contesto spazio-temporale in cui si sono verificate le vicende storico-fattuali oggetto d'imputazione, sì da enucleare, in concreto, l'effettivo ostacolo alla pubblica e privata difesa che sia, in ipotesi, derivato dalla commissione del reato nella circostanza in concreto valorizzata (in questo caso, di tempo), nonché l'approfittamento di essa da parte del soggetto agente.

Ne consegue, tenuto anche conto dell'espressa previsione contenuta nell'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., e come immediatamente riconosciuto dalla

già citata Relazione del Guardasigilli al Re, che l'interprete, al fine di configurare la circostanza aggravante *de qua*, è chiamato ad operare tre verifiche, riguardanti, nell'ordine:

a) l'esistenza di una circostanza di tempo, di luogo o di persona in astratto idonea ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa";

b) la produzione in concreto dell'effetto di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" che ne sia effettivamente derivato;

c) il fatto che l'agente ne abbia concretamente "profittato" (avendone, quindi, consapevolezza).

14.1. Con riferimento specifico al "tempo di notte", come per ogni altra circostanza fattuale valorizzabile – anche da sola - ex art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., si pone *in primis* il problema di stabilire se esso sia di per sé idoneo in astratto ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" dalla commissione di reati, oppure no.

A parere del collegio, di norma, il "tempo di notte" costituisce di per sé circostanza di tempo astrattamente idonea ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa", perché di notte, secondo consolidate massime di esperienza, riconosciute come tali e generalmente accettate, più volte accreditate dal legislatore (cfr. §§ 10 s.):

- cala l'oscurità e le strade sono poco illuminate (il che favorisce la commissione di azioni delittuose, meno agevolmente visibili *ab externo*);

- le persone (vittime che potrebbero meglio difendersi se sveglie; terzi, che potrebbero prestare soccorso alle prime) sono dedite al riposo;

- la maggior parte delle attività (lavorative e ricreative) cessa, e di conseguenza le strade e gli uffici sono molto meno frequentati;

- la vigilanza pubblica è meno intensa ed è quindi più difficile ricevere soccorso.

Peraltro, come da epoca risalente evidenziato dalla Relazione del Guardasigilli al Re, tutto ciò non è necessariamente valido in assoluto, in ogni tempo ed in ogni luogo.

14.1.1. Appare opportuno precisare che, diversamente dal fatto notorio (che consiste in «quell'accadimento che si denuncia in forma determinata, circoscritta, la cui conoscenza rientra nella cultura propria di una cerchia di persone»: Sez. 5, n. 2006 del 18/12/1969, dep. 1970, Lanzarotti, Rv. 113721), e dalle congetture («ipotesi non fondate sull'*id quod plerumque accidit* e, quindi, insuscettibili di verifica empirica»: Sez. 5, n. 25616 del 24/05/2019, Devona, Rv. 277312), si identificano come "massime di esperienza" i «giudizi ipotetici a contenuto generale, indipendenti dal caso concreto, fondati su ripetute esperienze ma autonomi da esse, e valevoli per nuovi casi» (Sez. 6, n. 31706 del 07/03/2003,

Abbate, Rv. 228401), tratti, con procedimento induttivo, «dall'esperienza comune, conformemente ad orientamenti diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale in cui matura la decisione, in quanto non si risolvano in semplici illazioni o in criteri meramente intuitivi o addirittura contrastanti con conoscenze o parametri riconosciuti e non controversi» (Sez. 2, n. 51818 del 06/12/2013, Brunetti, Rv. 258117).

Quanto alle condizioni in presenza delle quali è processualmente legittimo il ricorso a massime di esperienza, questa Corte è tradizionalmente ferma nel ritenere che esse possano essere legittimamente valorizzate nell'apprezzamento di un fatto se hanno un fondamento razionale (Sez. U, n. 11 del 21/04/1995, Costantino, Rv. 202002) e/o siano dotate di affidabile plausibilità empirica (Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebban, Rv. 263715; Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231673), salva sempre la verifica della "tenuta" nel caso concreto della massima di esperienza di volta in volta valorizzata, viziando, quando non siano riconosciute come tali da chiunque e/o non siano generalmente accettate, la motivazione per manifesta illogicità (Sez. 1, n. 13854 del 22/05/1989, Barranca, Rv. 182290).

14.1.2. Ciò è quanto si impone anche in riferimento alla massima di esperienza secondo la quale la commissione di un reato in tempo di notte può in astratto ostacolare le possibilità di difesa pubblica o privata.

14.2. Ai fini della sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., non è, tuttavia, sufficiente ritenere l'astratta idoneità di una situazione, quale il tempo di notte, ad incidere sulle capacità di difesa, riducendole, ma occorre «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), ed, in particolare, che la commissione del reato in tempo di notte abbia in concreto agevolato il soggetto agente nell'esecuzione del reato stesso, ostacolando (pur senza annullarle del tutto) le possibilità di difesa pubblica o privata.

L'interprete deve, pertanto, stabilire in concreto l'effetto di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" che sia in ipotesi derivato dalla commissione del fatto in tempo di notte, ed, in particolare:

- se le ordinarie connotazioni del tempo di notte ricorrano effettivamente nel singolo caso di specie (considerando, ad esempio, l'illuminazione e l'ubicazione del *locus commissi delicti*, il sonno delle vittime, la presenza di terzi in loco pronti ad intervenire, la presenza di vigilanza pubblica o privata intensa ed attiva);

- se sussistano circostanze ulteriori, di qualunque natura, atte a vanificare il predetto effetto di ostacolo: a tal fine la giurisprudenza ha sinora valorizzato essenzialmente la predisposizione di un sistema di vigilanza privata e/o di un sistema di video sorveglianza, sulla cui possibile valenza ai fini *de quibus* vi è, peraltro, il menzionato contrasto che sarà di seguito valutato.

14.3. Occorre, infine, verificare che il soggetto agente abbia profittato di quella obiettiva situazione di vulnerabilità in cui versava il soggetto passivo.

Detta verifica soggettiva ben può essere limitata alla constatazione dell'inevitabile consapevolezza dell'aver agito in tempo di notte, in condizioni di effettiva minorata difesa per la vittima e le pubbliche autorità: come chiarito da autorevole dottrina, «la contingenza favorevole deve non solo oggettivamente sussistere, ma essere conosciuta dall'agente, che solo così ne può "profittare"».

Da ciò non consegue, tuttavia, la natura soggettiva della circostanza aggravante in esame, poiché, come chiarito anche dalla dottrina, l'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen. pone prevalentemente l'accento sul ruolo assunto dalla circostanza fattuale valorizzata in riferimento alla commissione del reato.

D'altro canto, con specifico riferimento al "tempo di notte", l'art. 70 cod. pen. ricollega espressamente la natura oggettiva di una circostanza aggravante al fatto che essa concerna il "tempo" dell'azione.

14.3.1. Come già chiarito da questa Corte (Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876), la circostanza aggravante dell'aver profittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, è compatibile con i soli reati dolosi (per la non configurabilità di una condotta colposa di "profittamento"), e quindi anche con il mero dolo eventuale, in quanto è sufficiente che il soggetto attivo percepisca in modo cosciente il vantaggio derivante dalla situazione che pregiudica la difesa della vittima e se ne giovi all'atto di realizzare la condotta.

15. L'onere della prova della sussistenza in concreto delle ordinarie connotazioni del tempo di notte e dell'assenza di circostanze ulteriori, atte a vanificare l'effetto di ostacolo alla pubblica e privata difesa ricollegabile all'aver agito in tempo di notte, grava naturalmente sul pubblico ministero. Per quanto non emergente *ex actis*, tuttavia, spetta all'imputato fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di circostanze fattuali altrimenti ignote che siano in astratto idonee, ove riscontrate, ad escludere la configurazione in concreto della circostanza aggravante.

16. La soluzione accolta, che, ferma l'astratta idoneità della commissione del reato in tempo di notte ad integrare la circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., presuppone l'accertamento della sua effettiva

incidenza sulle possibilità di difesa nel caso concreto, si colloca in una posizione intermedia tra i due orientamenti in contrasto, che presentano entrambi profili di criticità, se letti nelle loro espressioni estreme. Il primo orientamento finisce, infatti, col valorizzare inammissibilmente una presunzione assoluta di minorata difesa in caso di reati commessi in tempo di notte, e, nello svilire la necessità di accertare in concreto il ricorrere della predetta condizione, viola il principio di offensività. Il secondo non valorizza le ordinarie connotazioni del tempo di notte, non accontentandosi della verifica concreta della loro sussistenza, e richiede il concorrere di circostanze fattuali ulteriori, in tal modo giungendo all'erronea conclusione che la commissione del reato in tempo di notte non rientra di per sé tra le circostanze valorizzabili ex art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., o comunque che il ricorrere di una sola circostanza "di tempo, di luogo o di persona" non è sufficiente ad integrare la circostanza aggravante *de qua*.

17. Vanno conclusivamente enunciati i seguenti principi di diritto:

«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 profittamento - in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato»;

«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».

18. In applicazione della medesima *ratio* andrà risolta la questione (non devoluta, ma a sua volta oggetto di un contrasto analogo a quello devoluto) riguardante la possibile valenza dell'età della vittima ai fini dell'integrazione della medesima circostanza aggravante.

19. Resta da chiarire che la rilevanza o meno dell'esistenza nel *locus commissi delicti* di un impianto di videosorveglianza, pure oggetto di un contrasto giurisprudenziale, costituisce mera *quaestio facti*, in ordine alla quale non è possibile enunciare un principio di diritto. L'esistenza di un siffatto impianto potrà essere valorizzata per escludere la circostanza aggravante *de qua*

nei casi in cui l'impianto di videoripresa, atto di per sé a consentire *ex post* l'individuazione dei responsabili del reato, sia collegato alla centrale operativa di polizia o di un istituto di vigilanza privata, si da consentire il tempestivo accorrere di soccorsi. In altri casi in cui l'impianto sia spento o altrimenti disattivato dal soggetto agente, o sia privo del collegamento con centrali operative delle forze dell'ordine o di istituti di vigilanza privati, la sua installazione non rileverà ai fini dell'esclusione della circostanza aggravante in esame (Sez. 5, n. 12051 del 2021 cit.; Sez. 5, n. 20480 del 26/02/2018, Lo Manto, in motivazione, in un caso nel quale l'impianto di videosorveglianza era disattivato).

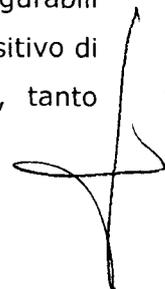
20. E' ora possibile passare all'esame dei motivi di ricorso degli imputati.

20.1. Il ricorso Cardellini è inammissibile.

20.1.1. Come anticipato, il primo motivo del ricorso (violazione di legge in riferimento alla circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., configurata valorizzando unicamente il *tempus commissi delicti*, di notte, senza valutare se ne derivasse effettivamente una condizione di minorata difesa) non è consentito, perché non dedotto in appello, ma per la prima volta in sede di legittimità.

20.1.2. Il secondo motivo del ricorso (vizio della motivazione quanto al diniego delle circostanze attenuanti generiche, avendo al riguardo la Corte territoriale asseritamente svalutato il comportamento processuale dell'imputato) è privo della necessaria specificità, perché non considera le corrette argomentazioni della Corte di appello. Quest'ultima ha valorizzato, ai fini del diniego, l'assenza di circostanze sintomatiche della necessaria meritevolezza - peraltro neppure indicate nel ricorso, che evoca genericamente "l'atteggiamento di collaborazione e resipiscenza, evincibile dal concreto andamento fattuale e processuale", senza precisare in cosa esso si sarebbe concretizzato -, i precedenti penali dell'imputato, plurimi ed anche specifici, "sintomatici di una personalità noncurante delle regole di civile convivenza e dei precetti penali", nonché "la generale condotta di vita e la negativa personalità" dell'imputato quale emergente dagli atti.

20.2. E', invece, fondato il ricorso proposto dal Porcelli, che deduce violazione di legge in riferimento alle circostanze aggravanti di cui agli artt. 61, primo comma, n. 5, cod. pen. e 625, comma 1, n. 7, cod. pen., non configurabili perché il piazzale, dove il furto era avvenuto, era sorvegliato da un dispositivo di videocontrollo ed *in loco* era attivo un servizio di vigilanza privata, tanto efficiente da aver consentito di cogliere sul fatto i ladri.



Pur dando conto del fatto che sul luogo del furto era attivo un servizio di videosorveglianza e vigilanza privata, che aveva consentito di cogliere sul fatto i ladri, arrestati in flagranza, la Corte di appello (f. 5 della sentenza impugnata) si è limitata ad osservare:

- per legittimare la configurazione della prima circostanza, che «il furto è stato commesso in piena notte», senza valutare l'incidenza sulle capacità di difesa pubblica e privata dell'accertata predisposizione *in loco* del predetto servizio, che di fatto aveva consentito l'arresto in flagranza degli imputati da parte dei Carabinieri, prontamente chiamati ad intervenire;

- per fondare la sussistenza della seconda circostanza, che, «poiché nel caso in esame la telecamera che riprendeva l'ingresso era stata spostata, il sistema di videosorveglianza e sorveglianza privata non erano costanti e idonei ad impedire l'accesso al piazzale dove gli imputati avevano perpetrato il furto», così omettendo di valutare le circostanze fattuali sopra illustrate.

20.2.1. Occorre, poi, ricordare, in adesione all'orientamento maturato sul punto (Sez. 5, n. 1509 del 26/10/2020, dep. 2021, Saja, Rv. 280157; Sez. 2, n. 2724 del 26/11/2015, dep. 2016, Scalambrieri), che, in tema di furto, la circostanza aggravante dell'esposizione della cosa alla pubblica fede non è automaticamente esclusa dall'esistenza, nel luogo in cui si consuma il delitto, di un sistema di videosorveglianza, inidoneo a garantire l'interruzione immediata dell'azione criminosa. Soltanto, infatti, una sorveglianza specificamente efficace nell'impedire la sottrazione del bene consente di escludere l'aggravante di cui all'art. 625, primo comma, n. 7, cod. pen.

20.3. La sentenza impugnata va, quindi, annullata nei confronti di Porcelli Agostino limitatamente alla sussistenza delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 61, primo comma, n. 5 e 625, primo comma, n. 7, cod. pen., con rinvio per nuovo giudizio alla Corte di appello di Perugia, che si conformerà ai principi di diritto in precedenza affermati.

Analogo annullamento deve essere disposto anche nei riguardi di Cardellini Erik Alexander, nonostante l'inammissibilità *in toto* del suo ricorso, operando in suo favore l'effetto estensivo di cui all'art. 587 cod. proc. pen., a seguito dell'accoglimento del ricorso del coimputato, fondato su motivi non esclusivamente personali (Sez. 5, n. 633 del 06/12/2017, dep. 2018, Boschetti, Rv. 271927; Sez. 3, n. 43296 del 02/07/2014, Garozzo, Rv. 260978). Infatti, l'effetto estensivo dell'impugnazione opera in favore degli altri coimputati quando questi non hanno proposto impugnazione, ovvero se quella proposta sia stata dichiarata inammissibile, non invece quando essa sia stata esaminata nel merito con decisione diversa ed incompatibile con quella di cui si chiede l'estensione.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata nei confronti di Porcelli Agostino e, per l'effetto estensivo, anche nei confronti di Cardellini Erik Alexander, limitatamente alla sussistenza delle aggravanti di cui agli artt. 61, primo comma, n. 5, e 625, primo comma, n. 7, cod. pen., con rinvio per nuovo giudizio alla Corte di appello di Perugia. Dichiaro inammissibile nel resto il ricorso del Cardellini.

Così deciso il 15/07/2021.