



06875-17

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

Vito Di Nicola - Presidente -  
Luca Ramacci  
Aldo Aceto  
Emanuela Gai  
Giuseppe Riccardi - Relatore -

Ord. n. sez. 3046  
UP - 11/10/2016  
R.G.N. 17531/2016

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso proposto da  
S

avverso la sentenza della Corte di Appello di

In caso di diffusione del  
presente provvedimento  
omettere la generalità e  
gli altri dati identificativi,  
a norma dell'art. 52  
d.lgs. 136/2008 e art. 109  
d.lgs. 158/2015  
☐ disposto d'ufficio  
☐ a richiesta di parte  
☒ imposto dalla legge

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;  
udita la relazione svolta dal consigliere Giuseppe Riccardi;  
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Paolo Canevelli, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio;  
udito il difensore, Avv. Francesco Capiello, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

**RITENUTO IN FATTO**

1. Con sentenza del la Corte di Appello di  
confermava la sentenza del del Tribunale di  
con la quale S veniva condannato alla pena di anni sei e mesi sei  
di reclusione per i reati di cui agli artt. 609 bis e 609 ter, cod. pen., per aver

costretto, con violenza, i minori degli anni quattordici  
a subire atti sessuali consistiti in tocamenti dei genitali e  
del sedere; in                      nel                      .

2. Avverso tale provvedimento ricorre per cassazione il difensore dell'imputato, Avv. Antonio Rocco Briganti, chiedendo l'annullamento della sentenza, e deducendo i seguenti motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Violazione di legge in relazione agli artt. 609 *ter* cod. pen. e 191, 192, 195, 530, 546 e 603 cod. proc. pen., e vizio di motivazione: lamenta che l'affermazione di responsabilità penale con riferimento alle molestie nei confronti di                      sia stata fondata sulla base delle sole dichiarazioni *de relato* della madre di costui,                      nonostante il minore avesse negato le circostanze riferite; nel richiamare diffusamente la giurisprudenza di legittimità in tema di valutazione delle dichiarazioni dei minori, deduce che il minore abbia negato la veridicità delle dichiarazioni predibattimentali allorché era già maturo, essendo diciassettenne all'epoca dell'esame dibattimentale, ed in assenza di ragioni di interesse che lo legavano all'imputato; lamenta che il giudizio di inattendibilità della ritrattazione sia basato su supposizioni e congetture prive di significato, quali quelle espresse dalla sentenza impugnata con riferimento alla dichiarazione dell'imputato di essere un esperto di alimentazione, al fine di attenuare la diffidenza del minore, ed al comportamento da egli tenuto nel transitare nei pressi dell'ombrellone, dove il minore si trovava in stato di turbamento, per non averlo confortato, in tal modo evidenziando "mala fede".

Deduce, inoltre, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali adoperate per le contestazioni, in quanto rese non già dai minori, bensì dalle madri, avendo la p.g. attestato che                      si limitò ad assistere alle dichiarazioni della madre; sostiene che la valutazione delle dichiarazioni rese dalla                      necessitasse una doverosa analisi di attendibilità ed una verifica dei rapporti con il figlio, per escludere un fenomeno di "contagio dichiarativo" tra i frequentatori del lido in ordine alle presunte attitudini dell'imputato; contagio dichiarativo, viceversa, escluso dalla sentenza impugnata con un ragionamento ritenuto illogico ed oggetto di travisamento.

Anche le dichiarazioni del gestore del lido, secondo il quale non era successo nulla, sono state ritenute inattendibili sul rilievo del preteso interesse a tranquillizzare i frequentatori della struttura; la valutazione,

cf

tuttavia, sarebbe contraddittoria, secondo il ricorrente, in quanto aveva collaborato con la p.g., presidiando per giorni lo stabilimento, al fine di scorgere comportamenti sospetti dell'uomo; sarebbe, dunque, illogica l'estromissione del dato probatorio sul quale si fonda la tesi difensiva del contagio dichiarativo, avendo anche l'Ispettore B riferito che l'individuazione delle presunte vittime avvenne proprio grazie al gestore del lido.

Sostiene il ricorrente che il gestore dello stabilimento avesse descritto un ambiente in cui non era possibile il verificarsi delle molestie riferite dalle madri delle presunte vittime, escludendo comportamenti equivoci dell'imputato, e introducendo elementi riguardanti il "clima" sviluppatosi nello stabilimento balneare, che ha assecondato il denunciato "contagio dichiarativo".

Lamenta, inoltre, l'illogicità, la contraddittorietà ed il travisamento probatorio in relazione al rigetto della richiesta di perizia psicologica sul minore, avanzata in ragione dell'indole apprensiva della madre e del contesto familiare in cui si sono svolti i fatti; invero, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minore richiede la verifica anche del contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed *extra* familiare e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute; pertanto, non sarebbe sufficiente escludere, come ha fatto la sentenza impugnata, l'accertamento psicologico, osservando che il minore si sarebbe vergognato di ammettere un contatto di natura omosessuale.

2.2. Violazione di legge in relazione agli artt. 609 *ter* cod. pen. e 191, 192, 195, 530, 546 e 603 cod. proc. pen., e vizio di motivazione con riferimento alla valutazione di , della madre di costui e dei relativi testi di riferimento: lamenta che l'affermazione di responsabilità penale con riferimento alle molestie nei confronti di sia fondata su un "contagio informativo"; il ragazzo e la madre, infatti, hanno sostenuto che la vicenda si sarebbe verificata "circa dieci giorni fa", cioè intorno al 12/13 luglio, allorquando i controlli della Polizia sulla spiaggia erano già iniziati; il minore M e la madre R , invece, hanno riferito che il fatto si sarebbe verificato il 19 luglio; al riguardo, è stata del tutto omessa la verifica del giorno nel quale sono stati commessi i fatti, e, di conseguenza, dell'attendibilità delle dichiarazioni; le numerose contraddizioni emerse tra le dichiarazioni delle madri delle presunte vittime, e tra queste e quelle dei minori, condurrebbero, dunque, ad un complessivo giudizio di inattendibilità dei dichiaranti.





2.3. Violazione di legge e vizio di motivazione in ordine al diniego del riconoscimento dell'attenuante del fatto di minore gravità e delle attenuanti generiche, trattandosi di fatti episodici, e non caratterizzati da modalità particolarmente invasive della sfera sessuale delle parti offese; peraltro, i fatti sono precedenti alle modifiche apportate dalla l. 125 del 2008 all'art. 62 *bis* cod. pen., e dunque l'assenza di precedenti penali doveva essere considerata ai fini della dosimetria della pena.

#### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. I primi due motivi sono infondati.

Il ricorso, invero, è articolato su doglianze relative alla valutazione delle dichiarazioni rese dai minori, e dalle rispettive madri, che, in parte, sollecitano, in realtà, una rivalutazione di merito preclusa in sede di legittimità; infatti, pur essendo formalmente riferite a vizi riconducibili alle categorie della violazione di legge e del vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., sono in realtà dirette a richiedere a questa Corte un sindacato sul merito delle valutazioni effettuate dalla Corte territoriale.

Giova al riguardo rammentare che il sindacato di legittimità è circoscritto alla verifica sulla completezza e sulla correttezza della motivazione di una sentenza, e non può esondare dai limiti cognitivi sanciti dagli artt. 606 e 609 cod. proc. pen. mediante una rinnovata valutazione delle risultanze acquisite, da contrapporre a quella fornita dal giudice di merito; le valutazioni espresse dalla sentenza impugnata, se coerenti, sul piano logico, con una esauriente analisi delle risultanze probatorie acquisite, si sottraggono al sindacato di legittimità, una volta accertato che il processo formativo del libero convincimento del giudice non ha subito il condizionamento di una riduttiva indagine conoscitiva o gli effetti altrettanto negativi di un'imprecisa ricostruzione del contenuto di una prova (Sez. U, n. 2110 del 23/11/1995, Fachini, Rv. 203767). Invero, l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo il sindacato demandato alla Corte di cassazione essere limitato - per espressa volontà del legislatore - a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali. (Sez. U, n. 24 del 24/11/1999, Spina, Rv. 214794). Esula, pertanto, dai poteri



della Corte di cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (Sez. U, n. 6402 del 30/04/1997, Dessimone, Rv. 207944).

Gli accertamenti (giudizio ricostruttivo dei fatti) e gli apprezzamenti (giudizio valutativo dei fatti) cui il giudice del merito sia pervenuto attraverso l'esame delle prove, sorretto da adeguata motivazione esente da errori logici e giuridici, sono sottratti al sindacato di legittimità e non possono essere investiti dalla censura di difetto o contraddittorietà della motivazione solo perché contrari agli assunti del ricorrente; ne consegue che tra le doglianze proponibili quali mezzi di ricorso, ai sensi dell'art. 606 cod. proc. pen., non rientrano quelle relative alla valutazione delle prove, specie se implicanti la soluzione di contrasti testimoniali, la scelta tra divergenti versioni ed interpretazioni, l'indagine sull'attendibilità dei testimoni e sulle risultanze peritali, salvo il controllo estrinseco della congruità e logicità della motivazione (Sez. 4, n. 87 del 27/09/1989, dep. 1990, Bianchesi, Rv. 182961).

Ebbene, esclusa l'ammissibilità di una rivalutazione del compendio probatorio, va ribadito che la sentenza impugnata, conformemente alla sentenza di primo grado, ha fornito logica e coerente motivazione in ordine alla ricostruzione dei fatti, ed alla attendibilità e credibilità delle dichiarazioni accusatorie, con argomentazioni prive di illogicità (tantomeno manifeste) e di contraddittorietà.

Senza indulgere in una valutazione parcellizzata ed atomistica delle fonti di prova, come proposto nel ricorso, l'affermazione di responsabilità risulta logicamente motivata, anche con riferimento ai punti della sentenza oggetto di censura.

Invero, con riferimento al preteso "contagio dichiarativo" che avrebbe fondato le originarie propalazioni accusatorie, la Corte territoriale ha escluso l'ipotesi, evidenziando l'autonomia delle fonti di accusa; le due madri, R

(madre di R ) e D (madre dell'altro minore, M , oggetto soltanto di 'proposte' verbali non accolte), non avevano segnalato comportamenti anomali da parte di frequentatori del lido, e vennero infatti individuate su indicazione del gestore dello stabilimento, al quale non avevano riferito alcunché; avevano, inoltre, negato di conoscere la P , madre di D .

gr

Anche la circostanza che le madri avessero partecipato all'esame dei rispettivi figli sulle dichiarazioni da costoro rivelate non è stata ritenuta idonea ad escludere l'attendibilità dei racconti dei minori, in quanto costoro hanno successivamente confermato ben due volte il narrato, un anno dopo, in fase di indagini, e successivamente - tranne D - in dibattimento, con completezza, serenità e autonomia del ricordo.

Non è emerso, dunque, alcun clima di suggestione collettiva prima dell'arresto dell'odierno ricorrente, tant'è che le due madri erano state convocate il giorno successivo al fermo.

Inoltre, i contenuti dei racconti sono stati giudicati, con apprezzamento di fatto immune da censure di illogicità o contraddittorietà, e dunque insindacabile in sede di legittimità, "del tutto diversi ed autonomi", riferendosi l'uno (quello di R ) al tentativo dell'uomo di palpare i genitali del giovane mentre lo aiutava a fare i tuffi in mare, l'altro (quello di D ) allo strofinamento dei genitali dell'uomo dietro al ragazzo, e l'ultimo (quello di M. ) alla proposta di seguirlo dietro gli spogliatoi per avere un rapporto sessuale.

Quanto alla pretesa inattendibilità della P , è stato evidenziato che le sue dichiarazioni erano solo *de relato*, che, per la precisione che le connotava, non potevano essere frutto di personali e mendaci elaborazioni, bensì trasposizione di quanto appreso dal figlio, e che la conferma delle prime dichiarazioni venne operata direttamente dal giovane un anno dopo.

Al riguardo, anche la valutazione di inverosimiglianza della "ritrattazione" del minore D - che ha determinato la trasmissione del verbale dibattimentale in Procura - è stata formulata sulla base dell'accuratezza delle prime dichiarazioni - in occasione delle quali il minore aveva provveduto anche alla redazione di un *identikit* ed alla individuazione fotografica - e dell'ulteriore conferma resa a distanza di un anno, nonché delle modalità anomale che avevano connotato l'esame dibattimentale (con una eccessiva prontezza nel rispondere e, addirittura, anticipare le domande); del resto, in assenza di accertati contrasti familiari, e di indici di incapacità a testimoniare, del tutto assenti, la Corte territoriale ha affermato l'irrilevanza del richiesto approfondimento psicologico, ritenendo, con valutazione non illogica, che la negazione dibattimentale fosse legata alla difficoltà, in piena fase adolescenziale, di ammettere pubblicamente un contatto promiscuo, di natura omosessuale.

Infine, la Corte territoriale ha osservato che l'esigenza di verificare i rischi di contaminazione ed il contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed



extrafamiliare e i processi di rielaborazione delle vicende vissute, sollecitati dal difensore dell'imputato sulla base di ampia rassegna giurisprudenziale (riproposti con il ricorso in esame), riguardasse fattispecie diverse da quelle oggetto di processo - connotate da episodi singoli e in un contesto di estraneità tra autore e vittime, non più in età infantile -, laddove gli approfondimenti sollecitati si rivelano opportuni nei casi di abusi intrafamiliari, o comunque in contesti di reiterata frequentazione, con conseguente possibilità di suggestioni e condizionamenti, ed in presenza di vittime in età evolutiva.

2. Il terzo motivo è parzialmente fondato.

2.1. In ordine al diniego delle circostanze attenuanti generiche, sebbene i fatti siano anteriori alla novella dell'art. 62 *bis* cod. pen., che ha introdotto il comma 3, secondo cui l'assenza di precedenti penali non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della "concessione" (*recte*, riconoscimento) delle attenuanti generiche, dunque non applicabile alla fattispecie in esame (Sez. 6, n. 10646 del 11/02/2009, Scognamillo, Rv. 242921: *"Il limite alla concessione delle circostanze attenuanti generiche introdotto nella nuova disposizione di cui all'art. 62-bis, comma terzo, cod. pen., a seguito dell'art. 1 lett. f-bis L. 24 luglio 2008, n. 125, secondo cui "l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma", non è applicabile ai reati commessi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore"*), nondimeno ciò non implica che lo stato di incensuratezza possa essere elemento talmente significativo da implicare automaticamente l'attenuazione della pena.

La nuova formulazione normativa, infatti, impedisce che, ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, la base valutativa sia costituita dalla mera assenza di precedenti penali, ma non significa, a *contrario*, che lo stato di incensuratezza fosse, in precedenza, situazione fattuale di per sé integrante l'elemento circostanziale atipico; l'assenza di precedenti penali, infatti, costituiva uno degli indici fattuali, relativi alla personalità dell'imputato, desumibili dall'art. 133 cod. pen., e rilevanti ai fini del giudizio di determinazione extraeditale della pena.

In tal senso, la giurisprudenza formatasi sulla precedente formulazione ha affermato che *"nell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche il giudice non può tenere conto unicamente dell'incensuratezza dell'imputato, ma deve considerare anche gli altri indici desumibili dall'art. 133 cod. pen."*



(Sez. 4, n. 31440 del 25/06/2008, Olavarria Cruz, Rv. 241898, in relazione al testo dell'art. 62-*bis* cod. pen. vigente prima delle modifiche apportate dalla L. n. 125 del 2008).

Tanto premesso, lo stato di incensuratezza è stato ritenuto dalla Corte territoriale, con apprezzamento di fatto insindacabile in sede di legittimità, in assenza di illogicità, elemento neutro ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, in quanto, in una valutazione degli altri indici fattuali, sono stati giudicati ostativi la reiterazione e le modalità delle condotte, indice di pervicace depravazione e di studiata insidia.

La graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, ed il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, rientrano nella discrezionalità del giudice di merito, che la esercita, così come per fissare la pena base, in aderenza ai principi enunciati negli artt. 132 e 133 cod. pen.; ne discende che è inammissibile la censura che, nel giudizio di cassazione, miri ad una nuova valutazione della congruità della pena la cui determinazione non sia frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico e sia sorretta da sufficiente motivazione (*ex multis*, Sez. 5, n. 5582 del 30/09/2013, dep. 2014, Ferrario, Rv. 259142).

2.2. Il motivo è, invece, fondato limitatamente al diniego dell'attenuante della minore gravità, di cui all'art. 609 *bis*, comma 3, cod. pen.

Va, al riguardo, premesso che l'esercizio della discrezionalità giudiziaria ha parametri diversi ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e dell'attenuante della minore gravità; invero, all'applicazione della circostanza attenuante speciale prevista dall'art. 609-*bis*, comma terzo, cod. pen. (casi di minore gravità) non consegue automaticamente l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, in quanto, mentre per la concedibilità di queste ultime rilevano tutti i parametri indicati nell'art. 133 cod. pen., per la concedibilità dell'attenuante speciale rilevano solo gli elementi indicati nel comma primo e non quelli indicati nel comma secondo del predetto articolo (*ex multis*, Sez. 3, n. 42439 del 05/05/2016, F, Rv. 267903).

Ebbene, parzialmente diversi essendo gli indici fattuali di valutazione, è pacifico che la circostanza attenuante della minore gravità di cui all'art. 609-*bis* comma terzo cod. pen. può essere riconosciuta solo all'esito di una valutazione globale del fatto che tenga conto del grado di coartazione esercitato sulla vittima, delle sue condizioni fisiche e mentali, dell'entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato, anche in termini psichici, al soggetto passivo, sicchè deve escludersi che la sola "tipologia"

GR



dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale attenuante (*ex multis*, Sez. 3, n. 39445 del 01/07/2014, S, Rv. 260501).

Tanto premesso, la Corte territoriale risulta aver negato il riconoscimento della circostanza attenuante facendo riferimento al *"grado di preordinazione della condotta in un pubblico contesto destinato allo svago, volta a superare l'affidamento che i genitori solitamente ripongono nel lasciare i figli un margine di libertà in tali situazioni ed approfittare della disposizione al gioco degli stessi minori"*, ed alla *"indubbia incisività dell'offesa per l'attuazione, realizzata in mare approfittando di un'ulteriore minorata capacità del minore di sottrarsi, per l'intimidazione, realizzata richiamando circostanze tali da dimostrare di avere calcolato ed eluso il controllo dei genitori, per la minaccia di ritorsioni (rivolta in particolare al D ) per il gesto stesso, manifestamente invasivo della sfera sessuale"*.

La sentenza impugnata incorre, tuttavia, in un vizio di motivazione, in quanto il diniego risulta fondato non già su concreti elementi di fatto, suscettibili di valutazione, bensì su supposizioni e congetture (sulla minorata difesa) - talvolta anche inconferenti (sull'affidamento dei genitori, sulla disposizione al gioco dei minori) ai fini del giudizio di gravità, ove non considerati nella dimensione attiva dell'approfittamento -, senza una reale considerazione, invece, dell'entità della compressione della libertà sessuale - essendo stato il gesto assertivamente definito manifestamente invasivo della sfera sessuale - e del danno arrecato, anche in termini psichici, ai soggetti passivi - avendo ritenuto gli elementi richiamati *"tali da cagionare un grave turbamento dei minori"* -.

Appare, inoltre, errato ed illogico il riferimento, quale indice di gravità del fatto, alla manifesta invasività della sfera sessuale, in quanto tutte le condotte integranti il reato di violenza sessuale sono, per definizione, invasive della sfera sessuale, ed una tale considerazione fonderebbe una *interpretatio abrogans* della disposizione di cui al 3° comma dell'art. 609 *bis* cod. pen.

3. Al vizio di motivazione riscontrato dovrebbe dunque conseguire l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra Sezione della Corte territoriale, per nuovo esame sul punto, che valutasse le concrete modalità della condotta, l'intensità del dolo, e la gravità del reato, sotto il profilo dell'entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato, anche in termini psichici, al soggetto passivo, tenendo in considerazione la tipologia di atto sessuale, il grado e la durata della

CF

coartazione, ed il danno psichico arrecato, sulla base non già di presunzioni o supposizioni, bensì di elementi fattuali quantomeno indiziari.

Tuttavia, nel caso in esame, appare propedeutica l'interpretazione dell'art. 609 *ter* cod. pen.: qualora la circostanza aggravante, che prevede un aumento indipendente (da sei a dodici anni di reclusione) dalla pena prevista per il reato semplice (da cinque a dieci anni di reclusione), venga considerata circostanza ad effetto speciale, ai sensi dell'art. 63, comma 3, cod. pen., nonostante non preveda un aumento superiore ad un terzo, ne conseguirebbe l'accoglimento del ricorso, in quanto la prescrizione, considerando altresì il periodo di sospensione, maturerebbe il 2 novembre 2018; qualora, viceversa, la fattispecie aggravante venga inquadrata quale circostanza ad effetto comune, non prevedendo un aumento superiore ad un terzo, la prescrizione sarebbe già decorsa il 2 maggio 2016.

In tale seconda ipotesi, dunque, conseguirebbe un annullamento della sentenza impugnata senza rinvio, poichè, in presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva (Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244275).

4. La questione della natura della circostanza aggravante di cui all'art. 609 *ter* cod. pen. è dunque rilevante ai fini della decisione del ricorso, e, registrandosi sul punto un contrasto di giurisprudenza, va rimessa alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. pen. .

5. Un primo orientamento, prevalente nella giurisprudenza di questa Corte, sostiene che la fattispecie aggravante di cui all'art. 609 *ter* cod. pen. sia una circostanza indipendente, ma ad effetto comune, in quanto l'aumento non è superiore ad un terzo; l'art. 63, comma 3, secondo periodo, cod. pen., infatti, definisce le circostanze ad effetto speciale *"quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo"*; e soltanto alle circostanze ad effetto speciale, oltre che a quelle c.d. "autonome", per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa, l'art. 157, comma 2, cod. pen. attribuisce rilevanza "per determinare il tempo necessario a prescrivere".

In tale orientamento va annoverata innanzitutto Sez. 1, n. 5081 del 21/09/1999, Lanuto, Rv. 214425, che, sebbene ai diversi fini della determinazione della competenza, ha affermato il seguente principio: *"La circostanza aggravante prevista dall'art. 609 ter, comma primo n. 1 cod. pen.,*



*prevedendo l'aumento di un quinto della pena prevista dall'art. 609 bis stesso codice, non può essere considerata come circostanza ad effetto speciale e, conseguentemente, di essa non può tenersi conto ai fini della determinazione della competenza".*

Analogo principio è stato affermato da Sez. 3, n. 28638 del 09/06/2009, Crivellari, Rv. 244592, secondo cui *"la circostanza aggravante dell'essere la vittima del delitto di violenza sessuale un minore degli anni quattordici non rileva ai fini della determinazione del tempo di prescrizione, in quanto circostanza che, pur "indipendente", non ha effetto speciale, determinando un aumento di pena inferiore ad un terzo"*; in particolare, si è sostenuto che la definizione di "circostanze ad effetto speciale", fornita dall'art. 63, comma 3, cod. pen., sia da un punto di vista semantico che sistematico, rappresenti l'unica definizione normativa al riguardo: pertanto, quando il legislatore fa riferimento a tale categoria di circostanze, il rinvio non può che intendersi effettuato alla previsione dell'art. 63, comma 3, cod. pen.; pertanto, avuto riguardo alla natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, deve ritenersi impossibile il ricorso, nella suddetta materia, alla analogia *in malam partem*.

Nel medesimo senso si è espressa, altresì, Sez. 3, n. 41487 del 25/09/2013, D. N, Rv. 257292: *"La circostanza aggravante prevista dall'art. 609-ter, comma primo, n. 1, cod. pen., prevedendo l'aumento di un quinto della pena prevista dall'art. 609-bis cod. pen., non può essere considerata come circostanza ad effetto speciale e, conseguentemente, di essa non può tenersi conto ai fini del calcolo della prescrizione"* (che, in motivazione, ha affermato: *"la circostanza aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 1 non è circostanza ad effetto speciale posto che la stessa comporta, a fronte della pena ricompresa tra i cinque e i dieci anni di reclusione di cui all'art. 609 bis c.p., una pena da sei a dodici anni di reclusione, in tal modo non operandosi l'aumento superiore ad un terzo richiesto dall'art. 63 c.p., comma 3, (cfr. Sez. 3, n. 5081 del 21/09/1999, Lanuto, Rv. 214425). A ciò consegue, pertanto, che il termine di prescrizione applicabile nella specie, considerando il più favorevole regime introdotto dalla L. n. 251 del 2005 (per il quale, ex art. 157 c.p., della predetta aggravante, in quanto ordinaria, non può tenersi conto), è pari ad anni dieci prolungabile, per effetto delle interruzioni, ad anni dodici e mesi sei ex art. 161 c.p.").*

6. Un secondo orientamento, viceversa, sostiene che l'art. 609 ter cod. pen., essendo una circostanza c.d. "indipendente", integri una circostanza ad

4



effetto speciale, perciò rilevante ai fini della determinazione del termine di prescrizione.

In tal senso si è espressa Sez. 3, n. 31418 del 23/03/2016, T, Rv. 267467: *"La circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter, comma primo, n. 1, cod. pen., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria prevista dall'art. 609 bis cod. pen., ha natura di circostanza ad effetto speciale, con la conseguenza che di essa deve tenersi conto nel calcolo della prescrizione"*.

L'orientamento, invero, si fonda su un'interpretazione storica e sistematica della norma di cui all'art. 63, comma 3, cod. pen. .

Sotto il profilo storico, infatti, si evidenzia che, prima della sostituzione disposta con l'art. 5 della l. 31 luglio 1984, n. 400, il testo prevedeva che *"quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa, o ne determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non si opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta"*.

L'ambito della categoria delle circostanze ad *"efficacia speciale"*, elaborata in dottrina prima della novella del 1984, comprendeva dunque le circostanze *autonome*, e le circostanze per le quali la legge stabiliva la misura della pena *"in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato"*; e, tra queste ultime, una parte della dottrina ricomprendeva, in via interpretativa, anche le circostanze comportanti una variazione frazionaria superiore ad un terzo, pervenendosi, così, alla individuazione, sul piano dogmatico, di una omogenea categoria di *"circostanza ad effetto speciale"* ancora più estesa, perché comprendente tutte le circostanze operanti con un meccanismo di variazione della pena diverso da quello ordinario dell'aumento o della diminuzione fino a un terzo.

La nuova formulazione dell'art. 63, comma 3, cod. pen., omettendo ogni riferimento alle circostanze *indipendenti*, e adottando una definizione di *"circostanze ad effetto speciale"* tutta polarizzata sulla variazione frazionaria della pena superiore ad un terzo, in tal modo facendovi rientrare, secondo l'opzione interpretativa opposta, le sole circostanze indipendenti che comportano una variazione superiore ad un terzo, comporterebbe "lo smembramento delle circostanze indipendenti in due categorie a seconda della misura della variazione della pena, valorizzando un parametro quantitativo che, per la *ratio* stessa che sorregge da sempre tali circostanze, non avrebbe alcun significato plausibile".

4f

Pertanto, una lettura teleologica fonderebbe l'interpretazione secondo cui le circostanze c.d. "*indipendenti*", pur non essendo più menzionate dall'art. 63 cod. pen., possono essere considerate tacitamente ricomprese nell'ambito di operatività della norma, non potendo ritenersi diventate indifferenti al regime di determinazione della pena secondo i criteri fissati per il concorso di (tutte le) circostanze dall'art. 63 cod. pen., e non potendosi ritenere, come unanimemente riconosciuto, che il legislatore abbia inteso trasformare, in siffatti casi, le circostanze indipendenti alla stregua di elementi costitutivi di (nuove) figure autonome di reato; del resto, la modifica non ha riguardato né le norme di parte speciale, né l'articolo 69, comma 4, cod. pen. che, in tema di giudizio di comparazione, continua a prevedere, anche dopo la novella che ha interessato tale ultima disposizione ai sensi dell'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, "*ogni altra circostanza per la quale la legge (...) determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato*".

Sotto il profilo sistematico, del resto, ove si ritenesse che le circostanze indipendenti non rientrino più, neppure tacitamente, nell'ambito di applicabilità dell'articolo 63 cod. pen., il loro regime, nel caso di concorso omogeneo, rimarrebbe privo di qualsiasi regolamentazione; non potrebbe, infatti, applicarsi il comma 2 dell'art. 63 cod. pen., che, disciplinando il concorso tra circostanze con variazione frazionaria, postula l'indifferenza dell'ordine di computo; non potrebbe applicarsi il successivo comma 3, nei casi di concorso tra circostanze indipendenti e circostanze con variazione frazionaria inferiore ad un terzo, perché la disposizione non prevede più le prime; e, di conseguenza, non potrebbero applicarsi i commi 4 e 5 dell'art. 63, nei casi di concorso tra circostanze *indipendenti*, da un lato, e circostanze *autonome e/o ad effetto speciale*, dall'altro.

Tale orientamento, dunque, conclude nel senso che "il legislatore del 1984 non ha quindi inteso, non essendovene traccia, rimodulare i contenuti della disciplina su basi assolutamente inedite e, dando per scontato che il nucleo essenziale della categoria nominata coincidesse con le circostanze indipendenti, è come se, con il nuovo articolo 63, comma 3, del codice penale, dicesse che sono circostanze ad effetto speciale, oltre a tutte quelle indipendenti, "anche" quelle frazionarie che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo".

4

7. Il contrasto di giurisprudenza rilevato, del resto, si innesta nel solco di un dibattito dottrinale sviluppatosi, appunto, dopo la riforma dell'art. 63, comma 3, cod. pen. operata dall'art. 5 l. 31 luglio 1984, n. 400.

La precedente formulazione della norma, infatti, disciplinava le modalità di computo della pena in caso di concorso omogeneo di circostanze *autonome* o *indipendenti*, e circostanze con variazione frazionaria ("quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa, o ne determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non si opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta").

L'attuale formulazione non menziona più, espressamente, le circostanze *indipendenti*, bensì soltanto le circostanze *autonome*, e le circostanze *ad effetto speciale*, connotate da una variazione frazionaria superiore ad un terzo.

La prima opzione interpretativa, secondo cui le circostanze *indipendenti* non sono più disciplinate dall'art. 63 cod. pen., non potendosi comprendere tra le circostanze *ad effetto speciale*, poiché non connotate dal meccanismo di variazione frazionaria, è stata pressoché unanimemente scartata, in quanto l'art. 69, comma 4, cod. pen. continua a menzionarle; inoltre, escluso che possano essere divenute, nel silenzio della legge, elementi costitutivi di nuove figure autonome di reato, il loro regime, in caso di concorso, rimarrebbe privo di qualsiasi regolamentazione; peraltro, la disciplina specifica contenuta nell'art. 63, comma 3, cod. pen., rinviene la propria *ratio* proprio per le circostanze *autonome* e *indipendenti*, poiché, per quelle con variazione frazionaria, è indifferente l'ordine di computo.

La seconda opzione interpretativa, attualmente seguita dalla dottrina maggioritaria, ritiene che le circostanze *indipendenti* siano ricomprese in quelle *ad effetto speciale* solo se e in quanto comportino una variazione frazionaria superiore ad un terzo; la definizione legale di "effetto speciale" contenuta nell'art. 63, comma 3, cod. pen., secondo alinea, deve dunque riferirsi anche alle circostanze *indipendenti*; al contrario, le circostanze *indipendenti* che comportino una variazione frazionaria inferiore o uguale a un terzo sarebbero *ad effetto comune*.

La terza opzione interpretativa, infine, sostiene che la definizione normativa di "effetto speciale" sia stata riferita dal legislatore alle sole circostanze con variazione frazionaria, mentre tutte le circostanze *indipendenti*, malgrado non siano state più menzionate in quanto considerate da sempre *ad effetto speciale*, continuano ad essere tacitamente disciplinate

42



dall'art. 63 cod. pen.; oltre all'argomento storico, invero, l'orientamento dottrinale che sostiene tale tesi valorizza l'interpretazione sistematica, evidenziando che, seguendo l'opposta opinione, resterebbero prive di regolamentazione le circostanze *indipendenti ad effetto comune*, con variazione frazionaria uguale o inferiore ad un terzo, non potendosi loro applicare i commi 4 e 5 dell'art. 63 cod. pen. (che si riferiscono alle sole circostanze "indicate nel secondo capoverso") per i casi di concorso tra circostanze *indipendenti*, da un lato, e circostanze *autonome e/o ad effetto speciale*, dall'altro; e non potendosi neppure applicare il comma 2 dell'art. 63 cod. pen., che, essendo destinato a disciplinare il concorso di circostanze con variazione frazionaria, postula l'indifferenza dell'ordine di computo, e non sarebbe idoneo ad orientare l'interprete nella determinazione della pena in caso di concorso di circostanza *indipendente* e di circostanza con variazione frazionaria; inoltre, resterebbe altresì priva di disciplina l'ipotesi del concorso tra circostanza *indipendente ad effetto speciale* (con variazione frazionaria superiore ad un terzo) e circostanza *indipendente ad effetto comune* (con variazione frazionaria uguale o inferiore ad un terzo).

8. La questione esaminata, dunque, non assume un valore meramente speculativo, poiché, alla stregua delle elaborazioni di teoria generale, la *definizione legale* delle circostanze *ad effetto speciale* e delle circostanze *indipendenti* non rileva come 'norma meramente definitoria', che non introduce criteri di disciplina, bensì come vera e propria 'norma di disciplina', che fissa criteri di immediata operatività.

Nel caso dell'aggravante di cui all'art. 609 *ter* cod. pen., dunque, trattandosi di circostanza *indipendente* che, tuttavia, prevede una variazione frazionaria inferiore ad un terzo, la ricomprensione nella categoria delle circostanze *ad effetto speciale* ovvero *ad effetto comune* ha immediate conseguenze, innanzitutto ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere.

Sul punto, del resto, va osservato che vengono in rilievo due esigenze legate entrambe al rispetto della legalità.

Invero, l'opzione interpretativa che postula la riferibilità della definizione delle circostanze *ad effetto speciale* alle sole fattispecie che prevedono, anche in virtù di un "ragguaglio aritmetico", un aumento frazionario superiore ad un terzo rispetto alla pena prevista per il reato semplice, appare maggiormente conforme alla *littera legis*: prescindendo dalle elaborazioni e classificazioni dottrinali, va osservato che mentre prima della riforma del 1984 la categoria

cf

delle circostanze ad effetto speciale, ed in particolare le circostanze *autonome* e quelle *indipendenti*, era fondata sulla **non dipendenza** della pena aggravata dalla pena prevista per il reato semplice, con l'attuale formulazione la distinzione risulta calibrata sul **quantum della variazione** di pena, anche se si tratti di circostanza indipendente.

In altri termini, se prima della riforma erano enucleabili tre categorie di circostanze, ovvero quelle *autonome* (con pena di specie diversa), quelle *indipendenti* (con variazione non frazionaria della pena della stessa specie, ma non dipendente dalla pena ordinaria), e quella residuale delle circostanze *ad effetto comune* (con variazione frazionaria uguale o inferiore a un terzo), dopo la riforma, sulla base del tenore letterale delle norme, le circostanze vanno distinte in ragione (tra l'altro) di due criteri: secondo il criterio della modalità di computo, vanno distinte le circostanze *autonome*, quelle *indipendenti* (previste normativamente, anche a livello di parte generale, dall'art. 69, comma 4, cod. pen.), e quelle *frazionarie*; secondo il distinto criterio dell'effetto, invece, vanno distinte, da un lato, le circostanze *ad effetto speciale* - comprensive di quelle *autonome*, di quelle *indipendenti*, purché comportino una variazione frazionaria, previo ragguaglio aritmetico, superiore ad un terzo, e di quelle *frazionarie*, che comportino una variazione frazionaria superiore ad un terzo -, e, dall'altro, le circostanze *ad effetto comune*, connotate da una variazione frazionaria uguale o inferiore ad un terzo, e perciò comprensive anche di quelle *indipendenti* che importino una tale variazione.

Tale opzione, tuttavia, comporterebbe l'enucleazione di una definizione legale di circostanze *ad effetto speciale* che, non comprendendo altresì quelle *indipendenti* con variazione frazionaria uguale o inferiore ad un terzo, lascerebbe irrisolti i già evidenziati problemi di individuazione della disciplina applicabile nei casi di concorso di circostanze omogenee; con evidente compromissione della legalità nella funzione, tipica delle circostanze, della determinazione extraeditale della pena.

9. La rilevanza per la decisione del ricorso, e la ravvisabilità di un contrasto giurisprudenziale, induce dunque a rimettere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la seguente questione: "se, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti debbano essere considerate circostanze *ad effetto speciale*, ai sensi dell'art. 63, comma 3, cod. pen., anche in caso di aumento non superiore ad un terzo".

4

P.Q.M.

rimette la questione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma il 11/10/2016

Il Consigliere estensore  
Giuseppe Riccardi

*Giuseppe Riccardi*

Il Presidente  
Vito Di Nicola

*Vito Di Nicola*

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/03 in quanto imposto dalla legge.

Il Presidente  
Vito Di Nicola

*Vito Di Nicola*

