

**RICHIESTA DI RIESAME DELLE ORDINANZE
CHE DISPONGONO UNA MISURA COERCITIVA**

• **LO SCHEMA**

TRIBUNALE DEL RIESAME DI ...

ISTANZA DI RIESAME

Il sottoscritto Avv, del Foro di, difensore di fiducia, giusta nomina in atti (oppure, in calce al presente atto) nel procedimento penale n. ... R.G.N.R., del sig., nato a, il sottoposto alla misura coercitiva della (ad esempio, custodia cautelare in carcere)¹ in base all'ordinanza del G.I.P./G.U.P. presso il Tribunale di .../Tribunale/Corte d'Assise di ..., emessa in data ..., notificata (o eseguita) in data

DICHIARA DI IMPUGNARE LA PREDETTA ORDINANZA PER I SEGUENTI MOTIVI

- 1)(ad esempio, nell'ordinanza si ritiene, erroneamente, che nel caso di specie ricorrano le condizioni previste dall'art.273 c.p.p.)
- 2)(ad esempio, anche le asserite esigenze cautelari poste a base dell'impugnata ordinanza sono, in realtà, assolutamente inesistenti)
- 3) (ad esempio, non ricorrono comunque nel caso di specie gli specifici presupposti che giustificano l'adozione della misura della custodia cautelare in carcere indicati dagli artt. 275 e 280 c.p.p.).

Alla luce di quanto sin qui esposto, il sottoscritto difensore chiede che questo Ill.mo Tribunale annulli l'ordinanza impugnata.

In via subordinata chiede che l'ordinanza impugnata venga riformata e venga così applicata una misura meno afflittiva.

Con osservanza
....., li

Avv.....

TRIBUNALE DELLA LIBERTÀ DI

IN FUNZIONE DI GIUDICE DELL'APPELLO

Atto di appello ex art. 310 c.p.p.

Avverso l'ordinanza n..... del, emessa in data dal G.I.P. presso il Tribunale di, nel procedimento penale n.R.G.N.R. (n..... RG GIP) per i reati di cui all'art.....,

¹ **in caso di custodia cautelare in carcere o di arresti domiciliari va specificato il luogo di detenzione o di permanenza coatta**

con la quale è stata rigettata l'istanza, avanzata da Tizio, nato a il e residente a in via n.(vedi nota 1), di revoca della misura cautelare di (specificare il tipo di misura), anche nella parte in cui si chiedeva la sostituzione con altra misura meno afflittiva

Il sottoscritto Avv. del Foro di, difensore, giusta dichiarazione di nomina in atti (oppure, in calce al presente atto), di Tizio, dichiara di proporre appello avverso l'ordinanza indicata in epigrafe per i seguenti

MOTIVI

- 1) Insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in relazione ai reati contestati (art. 273 c.p.p.) e/o diversa qualificazione del fatto
- 2) Insussistenza / cessazione delle esigenze cautelari² (art. 274 c.p.p.)
- 3) Eccessività ed inadeguatezza della misura (artt. 275 e 280 c.p.p.)
- 4) Sostituzione con altra misura meno afflittiva (art. 275 c.p.p.)

Tutto ciò premesso, si chiede che l'Ill.mo Tribunale adito voglia, in riforma dell'impugnata ordinanza, revocare la misura o, in subordine, sostituirla con altra meno afflittiva.

....., li

Avv.

• Considerazioni

Il **riesame** è il mezzo di impugnazione tipico delle sole ordinanze applicative di misure cautelari coercitive (artt. 281-286 c.p.p.).

Si tratta di un istituto, disciplinato dagli artt. 309 ss. c.p.p., attraverso il quale, l'indagato, l'imputato, o il loro difensore, possono richiedere un controllo, sia di legittimità, sia di merito, sull'ordinanza con la quale è stata adottata la misura, con effetto totalmente devolutivo.

² Cassazione penale, SS.UU., ordinanza 10.09.2012 n° 34474: La presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275 c.p.p., comma 3 opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari. (*) Riferimenti normativi: artt. 275, co. 3 e 299, co. 2 c.p.p. (Fonte: Massimario.it - 35/2012. Cfr. nota su Altalex Mese - Schede di Giurisprudenza)

L'istanza è preclusa al P.M., il quale, in caso di diniego di adozione del provvedimento può soltanto proporre appello (art. 310 c.p.p.).

La richiesta deve essere effettuata entro dieci giorni dall'esecuzione o dalla notificazione del provvedimento (art. 309, comma 1, c.p.p.).

L'**appello**, altro mezzo di reazione approntato dall'ordinamento nei confronti delle ordinanze cautelari, disciplinato dall'art. 310 c.p.p., differisce dalla richiesta di riesame.

Mentre, infatti, quest'ultima ha effetto totalmente devolutivo, l'appello, pur essendo ugualmente funzionale a consentire un controllo sia di legittimità che di merito, è vincolato all'obbligo di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato che incombe sull'organo giurisdizionale chiamato a decidere. Presenta dunque un effetto parzialmente devolutivo.

Infatti, l'art. 310 c. 1 c.p.p. dispone che l'istanza di appello debba essere corredata dai motivi sui quali si fonda.

Inoltre, nel caso di istanza di riesame, i motivi, se contenuti già nell'istanza, possono anche essere successivamente integrati o emendati (ex art. 309 c. 6 c.p.p.); nell'appello cautelare, salvo il caso in cui non sia ancora scaduto il termine per la presentazione, vige il divieto di introduzione, integrazione ed emenda dei motivi.

Soprattutto, appello e riesame differiscono in merito alla tipologia di atti per l'annullamento o la modifica dei quali sono concessi.

L'appello cautelare, infatti, è esperibile, dall'indagato/imputato, solo contro **le ordinanze "in materia" di misure cautelari personali, sia interdittive sia coercitive, comprese quelle di rigetto di una richiesta di modifica o revoca della misura cautelare presentata dall'indagato o dall'imputato**

Il P.M., invece, potrà presentare istanza di appello non solo avverso l'ordinanza con la quale il giudice ha deliberato di non adottare una misura cautelare coercitiva, ma anche contro quella con cui è stata disposta una differente (per tipologia o modalità esecutive) misura rispetto a quella richiesta.

L'art. 309 comma 1 c.p.p. stabilisce che, per il caso di accoglimento dell'appello presentato dal P.M. e di conseguente applicazione della misura cautelare coercitiva, l'indagato o l'imputato ed il suo difensore possono presentare richiesta di riesame.

Se, invece, a seguito dell'appello del P.M. il giudice dispone l'applicazione di una misura interdittiva, contro tale ordinanza l'imputato/indagato potrà solo presentare ricorso per Cassazione ex art. 311 c.p.p. (essendo limitata la richiesta di riesame alle sole ordinanze con cui vengono applicate misure cautelari coercitive).

Per quanto riguarda, le **ordinanze con le quali vengono operate delle modificazioni alle misure cautelari, anche coercitive, già irrogate in precedenza**, non essendo esperibile la via del riesame,

l'indagato o l'imputato nonché il suo difensore, esattamente come il P.M., dovranno utilizzare lo strumento dell'appello.

Sono, infine, soggette all'appello cautelare – ai sensi degli artt. 304 cc. 3 e 4 e 305 c. 2 c.p.p. – **tutte le ordinanze in materia di sospensione e proroga dei termini di custodia cautelare.**

Essendo l'appello cautelare un mezzo di gravame parzialmente devolutivo, la decisione del Tribunale potrà essere sfavorevole all'imputato o all'indagato nel solo caso in cui la domanda di appello sia stata presentata anche – o solo – dal P.M..

L'organo giudiziario competente a conoscere del riesame e dell'appello - Procedura applicabile.

In virtù del rinvio operato dall'art. 310 c. 2 all'art. 309 c. 7 c.p.p., competente a decidere sull'istanza di riesame e di appello è il Tribunale per la libertà (o del riesame), ossia il Tribunale, in composizione collegiale, del capoluogo del distretto di Corte d'Appello – ovvero della sezione staccata di Corte d'Appello – nel cui ambito territoriale si trova il giudice che ha disposto la misura cautelare.

L'art. 310 c.p.p., peraltro, richiama anche i cc. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 309 c.p.p., con la conseguenza che **il termine per la presentazione della domanda di appello è di 10 giorni** il cui decorso viene computato in modo esattamente simmetrico rispetto a quanto previsto dalla disciplina della richiesta di riesame (dall'esecuzione o dalla notifica dell'ordinanza).

.La decisione del Tribunale della libertà, qualora non si limiti a dichiarare inammissibile la domanda di appello può essere:

1. di inammissibilità dell'appello
2. di annullamento dell'ordinanza con la quale è stata disposta l'originaria misura cautelare interdittiva (posto che contro quelle con cui viene disposta una misura coercitiva è esperibile dall'indagato o dall'imputato o dal suo difensore il solo rimedio riesame e che il P.M. non ha interesse ad agire al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza con cui viene disposta tale misura posto che, se ritiene venute meno le condizioni che l'avevano determinata, dispone di mezzi ben più agili al fine di revocare la misura, come ad esempio l'azione ex art. 299 c.p.p.);
2. di modifica - *in melius* se la domanda viene presentata solo dall'indagato o dall'imputato o dal suo difensore oppure *in peius* se viene presentata solo o anche dal P.M. - dell'ordinanza emessa "in materia" di misure cautelari;

3. di applicazione della misura cautelare (sia essa coercitiva o interdittiva) qualora l'appello del P.M. sia stato rivolto avverso l'atto con la quale il G.I.P. ovvero il giudice del dibattimento ha respinto l'originaria richiesta di emissione della misura.

Riassumendo:

Analogie e differenze tra riesame e appello avverso misura cautelare

Si propongono dinanzi allo stesso giudice che ha emesso la misura ed il termine appare essere il medesimo (dieci giorni).

Tuttavia:

Il **riesame** è un mezzo di impugnazione volto alla verifica di legittimità e di merito dell'ordinanza **applicativa** della misura.

Può essere motivato o contenere una riserva sui motivi ed è un mezzo totalmente devolutivo.

Ciò significa che il Tribunale della Libertà non è vincolato dai motivi proposti. Dato che l'impugnazione è devolutiva, il Giudice del Riesame non è vincolato ai motivi indicati dall'indagato ed, infatti, il Tribunale potrebbe ritenere infondati i motivi e annullare l'ordinanza per motivi diversi da quelli contenuti nell'atto di riesame.

Prevede termini perentori brevi, la cui violazione è sanzionata con la perdita di efficacia della misura (entro 10 giorni è necessario presentare la richiesta; il Tribunale chiede al PM di trasmettere immediatamente e non oltre 5 giorni gli atti a carico e scarico, pena la perdita di efficacia della misura; entro 10 giorni dalla trasmissione degli atti il Tribunale deve decidere e depositare la motivazione della decisione, pena la perdita di efficacia della misura).

Le decisioni adottabili in sede di riesame sono:

- a) dichiarazione di inammissibilità del riesame, perché proposto oltre il termine consentito o da un soggetto non legittimato;
- b) conferma o annullamento dell'ordinanza che ha disposto la misura cautelare;
- c) riforma *in melius* del provvedimento mediante applicazione di misura meno afflittiva;

Nell'**appello** invece si devolve al giudice quello che risulta nei motivi di impugnazione, che qui devono esserci a pena di inammissibilità.

Prevede 10 giorni per la presentazione e 20 giorni per la decisione; ma qui si tratta di termini ordinatori per cui il ritardo non produce conseguenze processuali.

Può essere proposto avverso provvedimenti che modificano o reiterano la misura già adottata o avverso provvedimenti che negano la revoca della misura già adottata. Il PM può utilizzare tale strumento avverso le ordinanze che negano l'applicazione della misura richiesta.

Ai fini di una valida redazione dell'atto, occorrerà:

1) Determinare il mezzo di impugnazione idoneo

La maggiore difficoltà che l'istituto presenta riguarda la distinzione tra riesame ed appello, con specifico riferimento all'ammissibilità dell'uno o dell'altro strumento di impugnazione.

Il criterio discretivo è dato da un lato dalla natura della misura adottata, dall'altro dal tipo di ordinanza impugnata. In particolare, sono soggette a riesame le ordinanze applicative di misure cautelari coercitive (salvo che si tratti di ordinanza emessa a seguito di appello del P.M.); sono appellabili le ordinanze applicative di misure interdittive, quelle relative alla revoca o alla sostituzione di misure cautelari personali (anche coercitive), quelle con cui è stata rigettata la richiesta di applicazione formulata dal P.M., quelle che dispongono in relazione alla rinnovazione, revoca o sostituzione di misure cautelari personali.

In caso di dubbio, comunque, quasi sicuramente la soluzione potrà essere rinvenuta nel ricco commento giurisprudenziale in genere riportato in relazione a tale problema *sub* artt. 309 e 310 c.p.p.

2) Individuare l'Autorità competente

Competente a decidere sul riesame è il Tribunale, in composizione collegiale, del luogo in cui ha sede la Corte d'Appello o la sezione distaccata della Corte d'Appello nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio del giudice che ha adottato l'ordinanza impugnata.

La richiesta va presentata presso la cancelleria dello stesso tribunale.

3) Indicare le generalità di chi impugna l'ordinanza

Il provvedimento che dispone la misura cautelare può essere impugnato dall'imputato o dal suo difensore.

4) Inserire gli estremi dell'atto impugnato e la dichiarazione di impugnazione

Occorre individuare l'ordinanza impugnata. A tal uopo occorrerà individuarne la natura (arresti domiciliari, piuttosto che custodia cautelare), l'autorità che l'ha emessa, la data di emissione, la data di notifica o di esecuzione. Come accennato, nel caso in cui sia stata applicata una misura cautelare detentiva, bisognerà, altresì, specificare il luogo di esecuzione della medesima.

5) Esplicitare i motivi di impugnazione

Non necessariamente la richiesta di riesame deve esplicitare, contestualmente alla proposizione, i motivi su cui è fondata, essendo ammesso l'istituto della riserva dei motivi che verranno poi esplicitati prima dell'inizio della discussione. Ciò dipende anche dal fatto che il Tribunale del riesame non è vincolato dal principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, potendo accogliere l'istanza pure per motivi diversi da quelli enunciati dalla parte. È ovvio, però, che il candidato, in sede d'esame, dovrà proporre tutte le motivazioni idonee all'impugnazione nell'elaborato.

Nell'organizzare i motivi di impugnazione occorrerà tener presenti le disposizioni che regolano le condizioni generali di applicabilità (art. 273 c.p.p.) e le condizioni di applicabilità delle misure coercitive (art. 280 c.p.p.), le esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.), i criteri di scelta delle misure (art. 275 c.p.p.). Sarà opportuno, ove la traccia lo consenta, in primo luogo contestare la sussistenza del

reato (escludendo la sussistenza del reato, infatti, verrebbe meno il presupposto cardine dell'adozione della misura) e sottolineare l'eventuale presenza di cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena (art. 273, comma 2, c.p.p.). Successivamente spostare l'attenzione sulla critica alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 273, comma 1, c.p.p.). Eccepire, nel caso di impugnazione di misure coercitive, l'insussistenza delle relative condizioni di applicabilità (art. 280 c.p.p.). Infine, negare la sussistenza delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) e criticare la scelta della misura adottata (art. 275 c.p.p.).

6) Concludere

La richiesta, ovviamente, consegirà alle motivazioni esposte. Qualora esse lo consentano si chiederà, in via principale, l'annullamento del provvedimento e, in via subordinata, la riforma dell'ordinanza e l'applicazione di una misura meno affittiva per il proprio assistito.

• Un'applicazione

Nell'ottobre del 2013, agenti della polizia postale di Roma iniziano un'attività di indagine in internet volta a contrastare fenomeni di pedopornografia. L'indagine si svolge attraverso la verifica di alcuni siti e l'individuazione di forum e chat di discussione aventi temi pedofili. Ad aprile 2014, il P.M. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma autorizza gli investigatori ad acquistare materiale pornografico per l'individuazione dei soggetti coinvolti. Nel luglio del 2014, uno degli agenti, sotto pseudonimo, entra in contatto con un utente che gli propone lo scambio on line di foto pornografiche ritraenti minori. L'agente e l'utente passano dalla stanza pubblica di discussione ad una privata. Durante la conversazione privata l'agente invia, ottenuto il consenso dell'interlocutore, alcune foto e ne riceve dall'utente due ritraenti due ragazzi nudi. L'agente inizia la rilevazione dell'indirizzo IP dell'interlocutore, ma questi gli intima di smettere e tronca la comunicazione. Esaminati i tabulati telefonici, si risale all'utenza telefonica di Tizio. Questi, incensurato, viene indagato per il delitto previsto e punito dall'art. 600 ter, comma 3, c.p., per avere "per via telematica attraverso internet, distribuito e divulgato materiale fotografico avente ad oggetto minori degli anni diciotto, ritratti nel corso di rapporti sessuali tra loro e con adulti". Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, con ordinanza del 10/12/2015 dispone nei suoi confronti la misura cautelare degli arresti domiciliari. Il candidato, assunto le vesti di difensore di Tizio, proponga istanza di riesame avverso tale ordinanza.

TRIBUNALE DEL RIESAME DI ROMA

Il sottoscritto Avv., difensore di fiducia, giusta nomina in atti, nel procedimento penale n. ... R.G.N.R., del sig. Tizio, nato a, il, sottoposto alla misura coercitiva degli arresti domiciliari in base all'ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Roma, emessa in data 10/12/2013, e ristretto, per l'effetto, nella sua abitazione, sita in, via

DICHIARA DI IMPUGNARE LA PREDETTA ORDINANZA PER I SEGUENTI MOTIVI

4) Insussistenza del delitto previsto e punito dall'art. 600 ter, comma 3, c.p.

Al sig. Tizio è stato contestato il delitto previsto e punito dall'art. 600 ter, comma 3, c.p. Tale norma punisce chi *“con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga o pubblicizza”* materiale pornografico avente ad oggetto minori di anni diciotto.

È costante orientamento della Suprema Corte di Cassazione che, ai fini dell'integrazione della predetta fattispecie, non è sufficiente che il materiale venga ceduto a singoli soggetti, ma è necessario che venga distribuito ad un numero indeterminato di utenti (Cass. sent. n. 2842/2000) o, quanto meno ad un numero rilevante di soggetti. La divulgazione, infatti, è concetto che richiede che la condotta raggiunga una serie di persone non determinabili o attraverso un rapporto di comunicazione tra queste ed il soggetto attivo, o attraverso un mezzo di diffusione accessibile a tutti (Cass. sent. n. 2421/2000 e n. 27252/2007).

L'utilizzazione della rete Internet non è di per sé sufficiente a ritenere integrato il reato *de quo*. Infatti, se è divulgazione inserire foto pornografiche ritraenti minori l'inserzione delle stesse in siti archivi o forum di discussione accessibili a tutti e da cui chiunque può scaricarle senza particolari autorizzazioni, altrettanto non può essere validamente sostenuto nei casi in cui, ad esempio, un soggetto alleggi tale materiale ad una propria e-mail e lo invii ad uno specifico destinatario.

A voler ragionare diversamente, non si comprenderebbe il senso del comma 4 dell'art. 600 ter c.p., il quale punisce chi al di fuori delle ipotesi di cui ai commi precedenti (compreso il terzo) *“consapevolmente cede ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto”*.

Nel caso di specie, Tizio nella stanza pubblica della chat ha esclusivamente iniziato una conversazione con l'agente provocatore. Lo scambio delle foto alle quali si riferisce l'accusa è, invece, avvenuto in una stanza privata in cui nessun altro poteva accedere se non *“invitato”*. La modalità di trasmissione, in effetti, è stata del tutto simile a quella che poteva verificarsi tramite e-mail. Il file, infatti, è stato inviato e ricevuto dal solo utente con cui era in corso la conversazione e solo previo consenso dell'indagato.

Quest'ultimo, in verità, non ha mai messo a disposizione le immagini contenute nel proprio hard disk, né alcuno, senza il suo permesso, avrebbe potuto prelevarle.

Sintomatico di questo è una circostanza fondamentale: quando l'agente provocatore iniziò le procedure di identificazione dell'utenza telefonica dell'indagato, quest'ultimo gli intimò di fermarsi e troncò immediatamente la comunicazione. È evidente che egli è in possesso di un programma di protezione che gli consente di accorgersi tempestivamente di eventuali *“intrusioni”* e che, quindi, giammai qualcuno avrebbe potuto appropriarsi di quelle foto senza il suo consenso.

Da tutto quanto esposto, appare evidente come la fattispecie concreta non possa essere sussunta sotto il profilo materiale alla norma contestata, ma, semmai, astrattamente, a quella contenuta nel comma 4 dell'art. 600 ter c.p., la quale, punita con la pena alternativa della reclusione fino a tre anni o della multa da Euro 1549 a Euro 5164, non consente l'applicazione degli arresti domiciliari.

Le foto *de quibus*, peraltro, ritraggono due ragazzi nudi. Il loro contenuto, pertanto, non può essere considerato pornografico, ma erotico. In effetti, il concetto di pornografia implica lo svolgimento di espliciti rapporti sessuali che, nel materiale in questione, difetta assolutamente (Cass.sent.n. 10981/2010). Anche sotto tale profilo, dunque, il reato deve ritenersi insussistente.

5) Insussistenza delle condizioni previste dall'art. 273 c.p.p.

L'ultima considerazione svolta nel precedente motivo di impugnazione si ripercuote inevitabilmente sull'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 273 c.p.p.

E, infatti, in alcun modo risulta essere stata accertata l'età effettiva, o, comunque, approssimativa, dei soggetti ritratti. Sicuramente, però, il loro sviluppo fisico consente di ritenere che non si tratta di fanciulli. Il punto, allora è: può essere consentita, sebbene in sede di adozione di una misura cautelare, l'inversione dell'onere della prova? Certamente no!

Spettava alla Procura della Repubblica fornire la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi del reato (tra i quali rientra la minore età del soggetto ritratto) e, in relazione a questi, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza che solo possono giustificare una riduzione della libertà personale.

6) Insussistenza delle condizioni previste dall'art. 274 c.p.p.

Alcuna delle esigenze cautelari menzionate dall'art. 274 c.p.p. può essere rinvenuta nella fattispecie concreta in esame:

- 1) manca il pericolo concreto e attuale per l'acquisizione e la genuinità delle prove. Sono, infatti, trascorsi quasi due anni dall'accertamento del fatto all'adozione della misura cautelare;
- 2) non esiste il pericolo di fuga, il notevole lasso di tempo e la condotta serbata dal prevenuto per tutto il periodo consentono di escludere, con altissimo grado di probabilità, prossimo alla certezza, tale eventualità;
- 3) non sussiste il pericolo di reiterazione del reato. Le modalità del fatto e la personalità dell'indagato permettono di escluderlo. Tizio, infatti, è incensurato; l'accusa riguarda un unico ed isolato episodio di cessione; l'indagato non risulta essere implicato nelle successive indagini, né, lo si ribadisce, c'è certezza sulla sussistenza degli elementi costitutivi del reato.

Peraltro, in relazione all'esigenza di cui al punto 2), si sottolinea come non possa essere adottata una misura cautelare allorché il giudice ritenga che non potrà essere adottata una pena superiore a due anni di reclusione (art. 274, lett. B), c.p.p.). Nel caso che ci occupa, una prognosi su una possibile, ma improbabile condanna, consente di escludere il superamento di tale limite. Quand'anche si volesse ritenere la fattispecie sussumibile ex art. 600 ter, comma 3, c.p., la modesta gravità del fatto, l'unicità della cessione, la personalità del sig. Tizio ed il suo essere incensurato, permettono di prevedere un contenimento della pena ben al di sotto della predetta soglia.

7) Violazione dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p.

Il motivo sopra esposto introduce anche quest'ultimo: ai sensi del comma 5 dell'art. 284 c.p.p. *"l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare"* e a norma del comma 2 dell'art. 275 bis c.p.p. *"non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena"*. Le ragioni appena illustrate conducono ad una prognosi positiva sulla possibilità di concessione di questo beneficio. Anche sotto tale profilo, dunque, la misura adottata è da ritenere illegittima.

Alla luce di quanto sin qui esposto, il sottoscritto difensore chiede che questo Ill.mo Tribunale annulli l'ordinanza impugnata.

Con osservanza

....., li

Avv.....

➤ **LE SENTENZE DI RIFERIMENTO:**

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE V PENALE

Sentenza 4-22 marzo 2010, n. 10981

Svolgimento del processo

1 - Con ordinanza del 16.9.2009 il Tribunale di Roma, in sede di riesame, ha confermato la misura cautelare della custodia in carcere disposta dal G.i.p. in data 29.7.2009 a carico di K.G.G., gravemente indiziato del reato di cui all'art. 600 ter c.p., perchè, sulla spiaggia di ****, col suo telefono cellulare, aveva scattato diverse fotografie ad alcuni minori in costume da bagno.

In ordine al quadro indiziario, il Tribunale, rilevato come fosse indiscusso che l'indagato aveva scattato in spiaggia le fotografie allegate in copia al fascicolo processuale, ha ritenuto il carattere pornografico delle stesse foto in considerazione del loro contenuto e del contesto in cui erano state scattate, posto che due bambini erano stati ritratti "con insistenza" nella parte posteriore mentre erano chinati, e che era stato lo stesso indagato a chiedere ai minori quella particolare posizione (dicendo loro "girati, che ti faccio una foto sul culetto").

2 - Il K., col ministero dei suoi difensori, ha proposto ricorso per cassazione, lamentando:

2.1 - inosservanza o erronea applicazione della legge penale, in relazione al principio di offensività, laddove la ordinanza impugnata ha interpretato il concetto di pedopornografia in contrasto con la definizione che ne ha dato la decisione quadro del Consiglio Europeo n. 2004/68/GAI del 22.12.2003;

2.2 - vizio di motivazione, laddove il giudice cautelare ha ritenuto che era stato l'indagato a richiedere ai bambini di voltarsi di spalle per farsi fotografare, senza considerare che egli non parlava affatto la lingua italiana ed era perciò impossibilitato a interloquire con i minori.

Motivi della decisione

3 - Il primo motivo di ricorso è fondato.

3.1 - Com'è noto, l'art. 600 ter c.p., sotto la rubrica "pornografia minorile", è stato inserito nel codice penale dalla L. 3 agosto 1998, n. 269, art. 3, ed è stato poi modificato dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38, art. 2, sicchè nella formulazione attuale del comma 1, punisce "chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizione pornografiche".

Ma nè il legislatore del 1998, nè quello del 2006, hanno ritenuto di dover fornire una definizione del concetto di pornografia, investendo così l'interprete del delicato compito definitorio, al fine di distinguere ciò che è penalmente illecito da ciò che non lo è, in aderenza ai principi costituzionalmente vincolanti di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Non risulta che la giurisprudenza di legittimità abbia avuto modo di affrontare direttamente questo compito, verosimilmente perchè le fattispecie concrete al suo esame non presentavano margini di incertezza e non configuravano situazioni di confine. L'unico precedente, ormai risalente nel tempo, ha una utilità relativa, giacchè non si misurava con le fattispecie penali introdotte dalle leggi citate, ma si limitava a definire la pornografia in relazione alla nozione di osceno formulata nell'art. 529 c.p., precisando che la pornografia è compresa nel più ampio concetto di oscenità, e si identifica con "la descrizione o illustrazione di soggetti erotici, mediante scritti, disegni, discorsi, fotografie, ecc, che siano idonei a far venir meno il senso della continenza sessuale e offendano il pudore per la loro manifesta licenziosità" (Cass. Sez. 3^A, n. 1197 del 6.11.1970, Bianco, mass. 116647).

Con l'esplosione del fenomeno della pornografia minorile e con l'estendersi dell'allarme sociale contro lo sfruttamento sessuale dei minori, è stato il legislatore internazionale ad affrontare più adeguatamente il problema.

Indubbiamente più illuminante, proprio perchè frutto di una elaborazione più specifica e socialmente matura, è la definizione fornita dal Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia, sulla vendita dei bambini, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini, stipulato a New York il 6.9.2000 e ratificato dall'Italia con L. 11 marzo 2002, n. 46. Secondo l'art. 1, di tale Protocollo si intende per pornografia minorile "qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate, o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali a fini soprattutto sessuali". 3.2 - Sulla stessa linea è la definizione contenuta nella citata decisione quadro del Consiglio Europeo n. 2004/68/GAI del 22.12.2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, secondo la quale si deve intendere per "bambino" una persona d'età inferiore ai diciotto anni, e per "pornografia infantile" un materiale che ritrae o rappresenta visivamente: i) "un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica"; ii) "una persona reale che sembra essere un bambino, implicata o coinvolta nella suddetta condotta"; iii) "immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta" (art. 1).

La coincidenza delle due definizioni legislative è significativa ed evidente, essendo entrambe accomunate dalla sottolineatura di due elementi essenziali della pornografia, quello della rappresentazione di una figura umana e quello dell'atteggiamento sessuale della figura rappresentata.

Si tratta allora di valutare quale portata normativa assume questa definizione legislativa per il giudice nazionale che deve fare applicazione dell'art. 600 ter c.p..

Il Trattato sulla Unione Europea, concluso a Maastricht il 7.2.1992, e successivamente modificato, ha introdotto nel

titolo 6^a varie disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, in tal modo costruendo accanto al primo pilastro sulle Comunità Europee e al secondo sulla politica estera e di sicurezza comune, un cosiddetto "terzo pilastro" concernente i settori della giustizia e degli affari interni. Relativamente a questi ultimi settori, l'art. 34, comma 2, stabilisce che il Consiglio può adottare - accanto ad altri provvedimenti - anche "decisioni - quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Al riguardo la norma precisa che "le decisioni - quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta". Le decisioni quadro, quindi, indicano agli Stati membri le linee guida a cui devono uniformarsi le legislazioni nazionali in materia di giustizia e di affari interni. La dottrina si è divisa circa il carattere meramente programmatico o immediatamente precettivo delle loro disposizioni. Al riguardo, però, i contrasti o i dubbi interpretativi non sono più ammessi dopo l'intervento della Corte di giustizia, che con la sentenza 16.6.2005, C-105/03 - la famosa sentenza Pupino - ha fatto chiarezza sul punto.

In particolare, la Corte ha osservato che il carattere vincolante delle decisioni quadro è formulato dall'art. 34, comma 2, UE in termini identici a quelli usati dall'art. 249, comma 3, CE per le direttive comunitarie ("la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"). Ciò - secondo la sentenza Pupino - "comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale" (par. 34). Ne deriva che il giudice, nell'applicare il diritto nazionale, deve interpretarlo in modo conforme alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo 6^a del Trattato UE (par. 43), ovviamente entro i limiti stabiliti dai principi generali del diritto (par. 44). L'obbligo di interpretazione conforme cessa soltanto quando la norma del diritto nazionale si rivela incompatibile col risultato perseguito dalla decisione quadro; in altri termini detto obbligo "non può servire da fondamento ad un'interpretazione contro legem del diritto nazionale" (par. 47).

Da questa impostazione deriva che il giudice italiano, nell'applicazione dell'art. 600 ter c.p., deve fare riferimento alla nozione di pedopornografia fornita dall'art. 1 della decisione quadro 2004/68/GAI, al fine di rendere compatibile la fattispecie penale ai principi di determinatezza e offensività.

Perciò, il materiale pedopornografico previsto dalla norma codicistica come oggetto materiale della condotta criminosa deve essere inteso come quel materiale che ritrae o rappresenta visivamente un minore degli atti diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica. Com'è evidente, questa è una interpretazione non contro legem, ma secundum legem, perchè non fa che restituire alla fattispecie penale un significato costituzionalmente compatibile col principio di determinatezza, laddove richiede alla pedopornografia (e in genere alla pornografia) una connotazione esplicitamente sessuale.

3.3 - Nel caso di specie il giudice cautelare non ha fatto buon governo di questi principi ermeneutici, laddove ha ritenuto pornografiche le fotografie che l'indagato ha scattato ai bambini in costume da bagno sulla spiaggia di Ostia, sol perchè alcune di esse ritraevano i minori "sul culetto" e il fotografo aveva espressamente richiesto quella posa. La impugnata ordinanza non ha ravvisato alcun coinvolgimento dei minori in atteggiamenti esplicitamente sessuali, o alcuna esibizione lasciva di genitali o di regioni pubbliche; ma anzi ha più volte ripetuto che in tutte le fotografie i minori erano ritratti in costume da bagno, sicchè i genitali, il sedere e l'area pubica erano assolutamente nascosti alla vista.

L'esame delle fotocopie allegate al fascicolo, a cui anche il giudice di legittimità può accedere quando - come nella specie - sono state specificamente indicate dal ricorrente ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. e), novellato, conferma senza ombra di dubbio l'assenza di ogni elemento pornografico. Anche i minori ritratti di spalle sono in posizione assolutamente innocente, perchè stanno camminando, o sono in piedi su una roccia, o sono chinati per salire su una roccia con l'aiuto delle mani. Nessuna esibizione lasciva, quindi, e nessun atteggiamento sessualmente allusivo.

Si può anche comprendere come il comportamento di uno sconosciuto che fotografa insistentemente bambini sulla spiaggia possa destare preoccupazione o allarme nei genitori, indotti a sospettare in un simile fotografo intenti più o meno malsani. Ma sino a che questi ipotetici intenti restano tali, non si può incriminare il fotografo per produzione di materiale pedopornografico, con l'aggiunta ex lege della carcerazione cautelare. Tutt'al più, ove ne ricorressero concretamente gli estremi, si poteva ravvisare la contravvenzione di molestie di cui all'art. 660 c.p., o altro reato minore; ma non certo il gravissimo delitto di pedopornografia di cui all'art. 600 ter c.p., comma 1, il quale richiede essenzialmente esibizioni o materiali rappresentativi connotati da un'allusione o un richiamo di tipo sessuale. Si arriverebbe altrimenti all'assurda conseguenza di punire una condotta priva di ogni implicazione sessuale con una pena più grave (la reclusione da sei a dodici anni, oltre alla multa) di quella comminata per gli atti sessuali con minorenni (la reclusione da cinque a dieci anni).

In conclusione, l'ordinanza impugnata e quella dispositiva della misura cautelare devono essere annullate senza rinvio, con ogni consequenziale pronuncia.

P.Q.M.

La Corte suprema di cassazione annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata nonchè quella emessa il 29.7.2009 dal G.i.p. del Tribunale di Roma, e ordina la immediata scarcerazione del ricorrente se non detenuto per altra causa. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 626 c.p.p..

Così deciso in Roma, il 4 marzo 2010.

Depositato in Cancelleria il 22 marzo 2010.

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE III PENALE

Sentenza 19 luglio – 2 agosto 2011, n. 30564

(Presidente De Maio – Relatore Lombardi)

Svolgimento del processo

Con la sentenza impugnata la Corte di Appello di Bari ha confermato la dichiarazione di colpevolezza di G.G. in ordine al reato di cui agli art. 81 cpv. e 600 *ter*, comma 3, c.p., a lui ascritto per avere, reiteratamente, all'interno di un gruppo di discussione operante in internet, messo a disposizione di tutti gli altri utenti alcuni file di contenuto pedopornografico ed in particolare fotografie di minori completamente nudi.

In sintesi, la Corte territoriale ha rigettato i motivi di gravame con i quali l'appellante aveva chiesto di essere assolto dal reato ascrittogli, deducendo che le fotografie riproducenti minori nudi non avevano carattere pedopornografico, non essendo stati ritratti i minori nel compimento di attività sessuali. Si contestava, inoltre, quanto alla fotografia di una ragazza esplicitamente coinvolta in un rapporto sessuale, la minore età del soggetto ivi raffigurato. Si chiedeva, in subordine, la derubricazione del fatto nell'ipotesi di reato di cui all'art. 600 *ter*, comma 4, c.p., deducendo che le immagini, inviate attraverso messaggi di posta elettronica, venivano depositate in apposito server "NNPT" e si rendevano disponibili e venivano divulgate solo dopo essere state visionate da un moderatore.

La Corte territoriale, però, in accoglimento del subordinato motivo di gravame, ha solo rideterminato la pena inflitta all'imputato nella misura precisata in epigrafe.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso il difensore dell'imputato, che la denuncia per violazione di legge e vizi di motivazione.

Motivi della decisione

Con il primo mezzo di annullamento il ricorrente denuncia la violazione ed errata applicazione degli art. 2 e 600 *ter*, comma 3, c.p.

In sintesi, si deduce che la condotta, per integrare la fattispecie delittuosa di cui alla contestazione, deve raggiungere una determinata soglia di offensività per lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale del minore, che la norma mira a tutelare. Sulla base del citato e di altri rilievi si contesta che possano essere comprese nella fattispecie criminosa le fotografie di nudi di minori che non siano ripresi in attività sessuali. Si deduce inoltre che secondo la formulazione della norma vigente all'epoca del fatto occorre che il materiale pedopornografico venisse prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori e che sussistesse il dolo specifico dell'imputato e, cioè, che la cessione venisse effettuata nella piena consapevolezza del predetto sfruttamento sessuale di minori, elementi dei quali si contesta la sussistenza nel caso in esame. Si osserva, infine, che la valutazione dei giudici di merito in ordine al carattere sessuale delle immagini è fondata solo su una interpretazione soggettivistica.

Con il secondo mezzo di annullamento si denuncia mancanza o manifesta illogicità della motivazione in relazione all'art. 600 *ter*, terzo comma, c.p.

Si deduce che la sentenza impugnata ha affermato che la ragazza ritratta in scene di sesso esplicito era minore degli anni diciotto, fondando tale assunto su elementi di valutazione privi di qualsiasi valore scientifico e richiamando le argomentazioni della sentenza di primo grado, mentre è stato disatteso, senza adeguata motivazione, l'elaborato tecnico prodotto dalla difesa dell'imputato sul punto, che escludeva la minore età del soggetto raffigurato.

Con l'ultimo mezzo di annullamento si denuncia mancanza o manifesta illogicità della motivazione in relazione all'art. 600 *ter*, quarto comma, c.p.

Si osserva che l'imputato inviava le immagini attraverso messaggi di posta elettronica, i quali depositati in appositi server "NNTP", si rendevano disponibili solo dopo essere stati visionati dal moderatore. Si deduce, quindi, che in effetti l'imputato inviava le foto ad una persona determinata con la conseguente configurabilità della fattispecie di cui al quarto comma dell'art. 600 *ter* c.p.

Il ricorso è manifestamente infondato.

Il ricorrente si limita a riproporre questioni già dedotte nella sede di merito, delle quali è stata affermata l'infondatezza con motivazione giuridicamente corretta ed esaustiva per quanto riguarda i rilievi di natura fattuale.

La sentenza impugnata, invero, ha già correttamente osservato che la condotta ascritta all'imputato integra la fattispecie criminosa di cui all'art. 600 *ter* c.p. anche se posta in essere prima nella novella di cui alla L. n. 38 del 2006, in quanto

compresa nella nozione di divulgazione menzionata *ab origine* dalla disposizione incriminatrice (cfr. giurisprudenza citata dalla sentenza).

Va aggiunto che l'ulteriore questione afferente al concetto di "sfruttamento", utilizzato nella previgente formulazione dell'art. 600 *ter* c.p., è anche essa manifestamente infondata, avendo questa Corte già precisato che con il termine citato deve intendersi qualsiasi ipotesi di coinvolgimento di minori degli anni diciotto per la realizzazione di materiale pornografico (sez. III, 28.5.2009 n. 26256, Malena e altri, RV 244440).

Deve essere, poi, rilevato, che il carattere pornografico o meno di immagini ritraenti minori costituisce apprezzamento di fatto demandato al giudice di merito, in quanto tale sottratto al sindacato di legittimità, se sorretto da una motivazione immune da vizi logici e giuridici, (sez. III, 3.3.2010 n. 21392, G., RV 247599).

Orbene, sul punto della natura pornografica del materiale sequestrato, coinvolgente minori degli anni diciotto, la sentenza è motivata in termini assolutamente esaustivi e giuridicamente corretti mediante il puntuale riferimento alla giurisprudenza di questa Corte (cfr. **sez. III, 4.3.2010 n. 10981, Khan**, RV 246351) ed al Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia..., stipulato a New York il 6.9.2000 e ratificato dall'Italia con L. n. 46 del 2002, secondo i quali rientra nella nozione di pedopornografia anche la esibizione lasciva dei genitali e della regione pubica dei minori.

Costituisce, altresì, questione di fatto, non deducibile in sede di legittimità, la valutazione della minore età della ragazza coinvolta in esplicite attività sessuali; valutazione che ha formato oggetto di motivazione adeguata ed esaustiva, essendo state esaminate e confutate con argomentazioni immuni da vizi logici le deduzioni dell'appellante sul punto.

La sentenza, infine, ha puntualmente osservato che l'attività di cessione di materiale pedopornografico da parte del G. non rientra nell'ambito della connessione privata, stante la messa a disposizione di un numero indeterminato di utenti, e che la presenza del cosiddetto moderatore è del tutto irrilevante, non escludendo affatto la responsabilità dell'imputato, ma potendo semmai ipotizzarsi il suo concorso con quest'ultimo.

Il ricorso, pertanto, deve essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 606, ultimo comma, c.p.p. con le conseguenze di legge, tra cui la preclusione per questa Corte della possibilità di rilevare l'esistenza di cause di non punibilità *ex art.* 129 c.p.p.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché al pagamento della somma di Euro 1.000,00 alla cassa delle ammende.

Cassazione penale, sez. III, 12 luglio 2007, n. 27252

Fatto

Le indagini hanno preso avvio a seguito della trasmissione su più cellulari di un video che ritraeva un rapporto sessuale tra una giovanissima studentessa e una persona non visibile in volto ma presumibilmente di giovane età.

La giovane è stata quindi identificata in P.S., di poco superiore a tredici anni di età. Il Pubblico Ministero, coadiuvato da ausiliari, ha dato corso ad una vasta attività di indagine; anche attraverso le dichiarazioni della giovane, l'acquisizione di materiale informatico (tra cui messaggi via e - mail e mediante canali informatici di comunicazione) e di traffico cellulare (tra cui messaggi "sms"), nonché l'assunzione delle dichiarazioni di molte persone appartenenti all'ambiente frequentato dalla stessa ragazza e persone incaricate di consulenza, si è giunti a ricostruire una serie di rapporti sessuali che la ragazza avrebbe avuto con un numero non modesto di ragazzi e che sarebbero stati caratterizzati da forme di abuso e di vera e propria costrizione.

Sulla base del materiale probatorio raccolto il Pubblico Ministero ha richiesto l'emissione di misure cautelari nei confronti di dodici giovani aventi minore età, tenendo presente che dagli atti risulta anche l'esistenza di indizi di reità a carico di alcuni maggiorenni.

Con provvedimento del 15 febbraio 2007 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i Minorenni ha accolto parzialmente le richieste del Pubblico Ministero, respingendole per nove indagati, tra cui l'odierno ricorrente, disponendo nei confronti degli altri tre indagati la permanenza domiciliare in un caso e differenti misure prescrizionali in due casi.

Con atto del 24 febbraio il Pubblico Ministero ha proposto appello davanti al Tribunale per i Minorenni avverso tale ordinanza, ai sensi dell'art. 310 c.p.p..

Con ordinanza del 12 marzo 2007 il Tribunale per i Minorenni, decidendo sull'appello del Pubblico Ministero, ha applicato a A.G. alcune prescrizioni consistenti, tra l'altro, in limiti di permanenza fuori dell'abitazione, nel divieto di portare telefoni cellulari fuori di essa, nel divieto di avvicinare la persona offesa, nell'obbligo di partecipare ad attività di volontariato nel giorno di domenica.

Il Tribunale sembra fondare la misura sulla sussistenza di gravi indizi del solo reato previsto dall'art. 600 - *ter* c.p., e di esigenze cautelari ancora attuali.

La difesa di A.G. ha presentato ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di applicazione delle misure, lamentando "Manifesta illogicità della ordinanza, erronea applicazione dell'art. 600 - *ter* c.p., e art. 98 c.p., inosservanza ed erronea

applicazione dell'art. 273 c.p.p.”.

In particolare si lamenta:

- a) violazione dell'art. 98 c.p., per essere del tutto carente la motivazione circa l'esistenza in A. della capacità di intendere e volere, venendo, anzi, rappresentati nel corso della motivazione elementi di dubbio che il Tribunale non scioglie;
- b) errata applicazione dell'art. 600 - ter c.p., posto che la ripresa sul telefono cellulare e la diffusione tra amici del video che riprendeva il rapporto sessuale cui partecipava la persona offesa non integra gli estremi né della “utilizzo” del minore né della “induzione di minore a partecipare”. Osserva, altresì, il ricorrente che la videoripresa di un rapporto sessuale tra minorenni consenzienti esula dal campo di applicazione dell'art. 600 - ter c.p., reato che ha per oggetto la repressione della pornografia minorile e che risponde ad una ratio ben diversa da quella prospettata dalla pubblica accusa ed accolta dal Tribunale per i minorenni in danno di A.G..

Diritto

1. La Corte avverte l'esigenza, in via preliminare, di ricordare il costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'iniziale o parziale consenso della persona in favore di rapporti sessuali non legittima condotte che vadano oltre, per modalità o intensità, il consenso prestato, così che in campo sessuale non può invocarsi la presunzione del consenso ed assumono carattere illecito gli atti compiuti al di fuori della sfera di reciproca accettazione (tra le altre, si vedano Sezione Terza Penale, sentenza n. 16292 del 7 marzo - 12 maggio 2006, Mansi, RV. 234171, e sentenza n. 25727 del 24 febbraio - 9 giugno 2004, Guzzardi, RV. 228687).

Tale principio, connaturato alla tutela della dignità e libertà della persona, trova applicazione anche con riferimento alle condotte poste in essere da persone minori di età, ovviamente con riferimento ai limiti di età previsti per la persona offesa e nei casi in cui venga accertata la capacità dell'autore del reato di comprendere il disvalore del fatto (art. 98 c.p.).

L'esigenza per la Corte di richiamare questo fondamentale principio si pone in relazione, considerata l'età della persona offesa, infraquattordicenne, ad alcuni passaggi motivazionali dell'ordinanza impugnata e, più ancora dell'ordinanza emessa il 15 febbraio 2007 dal Giudice per le indagini preliminari sulla iniziale richiesta del Pubblico ministero.

2. Sarà compito del giudizio di merito accertare il percorso emotivo e volitivo che ha portato la persona offesa, dopo il primo rapporto sessuale con M., ad avere nuovi e ripetuti rapporti con un numero elevato di giovani, ma non può la Corte non prender atto della circostanza che lo stesso G.I.P. ebbe ad applicare a M. la misura della custodia domiciliare in relazione alla ipotesi di reato prevista dall'art. 609 - bis c.p., così riconducendo il primo rapporto di una ragazzina di neppure quattordici anni all'interno di un episodio di violenza sessuale.

Spetterà ancora al giudizio di merito analizzare i singoli episodi e verificarne approfonditamente le caratteristiche, ma la Corte non può fare a meno di rilevare che sembra fuori dubbio che in più occasioni la persona offesa si trovò (anche prescindendo dalle modalità con cui tale situazione fu determinata) in luoghi pubblici appartati avendo attorno a sé un numero consistente di giovani, tutti di sesso maschile, che insistentemente le chiedevano di praticare rapporti sessuali e che si erano dati appuntamento e quindi organizzati per evitare il sopraggiungere di estranei. E tale constatazione ha evidenti riflessi anche sulla valutazione del reato ex art. 600 - ter c.p., come contestato a A.G..

Spetterà sempre al giudizio di merito verificare quali livelli di pressione ambientale e quali margini di libera determinazione abbia conosciuto una giovane di neppure quattordici anni all'interno di una realtà socialmente ristretta in cui si era sparsa (a torto o ragione) la voce che fosse una ragazzina “disponibile”, ma la Corte non può fare a meno di rilevare - con osservazione che riverbera effetti sui motivi di ricorso - che le azioni “collettive” poste in essere dagli indagati appaiono oggettivamente degradanti nei confronti della persona offesa e dimostrano l'assoluta frattura fra i rapporti sessuali e qualsiasi coinvolgimento di tipo affettivo - sentimentale, così riducendo la giovane a mero strumento di piacere, esibito e condiviso, con modalità di azione di cui qualunque giovane è oggi in grado di apprezzare il significato sociale e personale, fatti salvi gli approfondimenti che il giudizio di merito effettuerà sui singoli indagati. Sarà, dunque, compito del giudizio di merito verificare quale apporto di consapevole volontà (alla luce del livello di maturità personale che sarà accertato) la giovane abbia dato al verificarsi di questa situazione nelle sue linee generali e nei singoli episodi che la compongono.

3. Ciò detto in via preliminare, questa Corte è oggi chiamata a valutare se le prescrizioni applicate dal Tribunale per i minorenni a A.G. trovino fondamento in esigenze cautelari attuali con riferimento all'unico reato per il quale è stata ritenuta la sussistenza di gravi indizi (art. 600 - ter c.p.).

4. Con riferimento al primo motivo di doglianza, e cioè al mancato accertamento della sussistenza dei presupposti fissati dall'art. 98 c.p., la Corte rileva che anche su questo punto l'ordinanza del Tribunale appare di scarsa chiarezza espositiva. Premette, correttamente, il Tribunale (pag. 16) che l'assenza di una indagine psicologica sull'indagato costituisce un limite dell'accertamento, aggiungendo che le indagini svolte in questa direzione dai servizi sociali dopo l'applicazione delle prime misure hanno avuto durata troppo breve per dare risposte certe.

Quest'ultima considerazione, peraltro non adeguatamente approfondita, deve essere letta, a parere della Corte, assieme alla successiva parte motivazionale, in cui il Tribunale dà atto che per gli indagati non si ravvisano “traumi fisici o psichici che ne abbiano rallentato o addirittura fermato il processo di maturazione”. Va considerato, a tale proposito, che in sede di misure cautelari, fase che si connota per urgenza di intervento, non può essere richiesto il livello di approfondimento probatorio che è proprio del giudizio di merito, essendo sufficiente la presenza di indizi coerenti e significativi circa i presupposti anche soggettivi del reato.

Sembra, dunque, doversi ritenere che il Tribunale abbia valutato che per A.G. sussista un sufficiente grado di maturità, individualmente valutato, che non sembra negato dalle successive considerazioni di ordine generale e di natura sociologica circa la “tempesta tecnologica” che oggi si abbatterebbe sui giovani e circa il permanere di dubbi di ordine generale sulla loro capacità di distinguere il lecito dall'illecito. Resta, peraltro, incomprensibile alla Corte quali

conclusioni il Tribunale abbia inteso raggiungere sul punto con il secondo capoverso di pag. 17 (dalle parole "Queste considerazioni" a "età evolutiva").

5. Per quanto concerne le censure mosse dal ricorrente all'ordinanza nella parte in cui ritiene sussistere il fumus del reato previsto dall'art. 600 - ter c.p., la Corte rileva che la motivazione si è concentrata sulla gravità degli indizi e sulla ricostruzione della condotta di A.G. (pagine 13 e 14), dedicando alla qualificazione giuridica del fatto soltanto brevi passaggi.

Dopo avere premesso che il Pubblico Ministero ha fondatamente evidenziato nell'atto di appello l'errore in cui è incorso il G.I.P. allorchè ha preso in esame il testo della disposizione ante riforma del 2006 (L. 6 febbraio 2006, n. 38), l'ordinanza impugnata osserva che non vi è ragione per escludere i minori di età dal novero dei possibili autori del reato dell'art. 600 - ter c.p..

Passando, poi, al contenuto ed alla "ratio" della fattispecie, l'ordinanza rileva che la sostituzione del verbo "sfruttare" con il verbo "utilizzare" è segno inequivoco della volontà del legislatore di ampliare la sfera della tutela penale.

Entrambe le affermazioni possono, pur nella loro sinteticità, essere condivise, mentre assai più problematica è la comprensione del periodo successivo della motivazione, ove si afferma che "l'utilizzo è proprio dei beni inanimati e privi di qualsiasi facoltà di scelta e discriminazione" e che, tuttavia, il reato può essere integrato anche in danno di persona in quanto "nella fattispecie concreta, questa pur ridotta capacità (del minore) può essere del tutto annullata per ignoranza di ciò che avviene o incapacità di determinarsi a contrastare il comportamento sanzionato". Si tratta di affermazione cui la Corte ritiene di attribuire il significato di identificare la condotta attiva del reato nel fare uso di una persona che si trova oppure è messa in condizioni di non dare un proprio apporto volontario, vuoi per mancanza di comprensione vuoi per incapacità di resistere, così che essa diventa per l'agente un mero strumento (privo di personalità autonoma) per il raggiungimento delle finalità che suo tramite intende soddisfare.

Così intesa, la motivazione dell'ordinanza appare meritevole di apprezzamento, nei limiti che saranno di seguito precisati.

6. Osserva il ricorrente che, pur all'interno della nuova formulazione della norma, la fattispecie prevista dall'art. 600 - ter c.p., non intende sottoporre a sanzione comportamenti sostanzialmente privati (si veda il richiamo sotto tale profilo alla sentenza n. 13/2000 delle Sezioni Unite Penali, P.M. in proc. Bove), e cioè, sembra di capire, comportamenti riconducibili a videoriprese destinate a rimanere confinate in una cerchia ristretta, tanto più se si è in presenza di condotte commesse tra minori di età.

A parere della Corte, tale impostazione non è condivisibile se esposta nei termini assoluti utilizzati dal ricorso: essa svuoterebbe di significato la riforma del 2006 e riprodurrebbe presupposti che, nei fatti, conducono al concetto di sfruttamento.

Ed infatti, mentre l'introduzione dell'art. 600 - ter c.p., nel Codice Penale (L. 3 agosto 1998, n. 269), si caratterizzava per la lotta allo "sfruttamento" dei minori per finalità di pornografia, la L. n. 38 del 2006, (entrata in vigore prima dei fatti di causa) ha inteso eliminare le difficoltà ricostruttive e valutative connesse alla rigidità dell'originaria formulazione ed ampliare la sfera di tutela, e lo ha fatto sostituendo al comma 1, il termine "sfrutta" con quello di "utilizza", aggiungendo al comma 3, il verbo "diffonde", modificando il comma 4, ed aggiungendo il comma 5, e u.c.. Il risultato è una norma che nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età. Già sotto la vigenza della L. n. 269 del 1998, le Sezioni Unite (Sezioni Unite Penali, 31 maggio - 5 luglio 2000, n. 13, P.M. in proc. Bove, RV. 216337) avevano chiarito che il concetto di "sfruttamento" non può essere limitato a condotte aventi finalità imprenditoriale o commerciale e ricomprende ogni ipotesi in cui si "trae frutto o utile", come dimostrerebbe l'espressione "sfruttamento sessuale" prevista dal testo allora vigente del successivo comma 4. Non appare, dunque, conferente al caso in esame il riferimento operato dal ricorrente alla citata decisione delle Sezioni Unite, che si ricorda è anteriore alla L. n. 38 del 2006, soprattutto nella parte in cui essa esamina la condotta di chi si limita a detenere per sé fotografie di contenuto pornografico per ragioni "affettive". Si consideri, a tale proposito, che la mera disponibilità di materiale pornografico era prevista e sanzionata dall'art. 600 - quater c.p., nel testo introdotto nel 1998, e che tale articolo è stato modificato dalla L. del 2006, con il nuovo riferimento alla condotta di "detenzione".

La citata decisione delle Sezioni Unite deve, piuttosto, essere richiamata, a parere della Corte, per un diverso e importante principio, che conserva la sua validità anche dopo le modifiche del 2006: il reato previsto dall'art. 600 - ter c.p., è fattispecie di pericolo concreto che predispone una "tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore".

7. Ritiene, in sostanza questa Corte che il reato previsto dall'art. 600 - ter c.p., intenda fissare per i minori una tutela anticipata rispetto ai rischi connessi a documentazione di carattere pornografico, sanzionando, indipendentemente da finalità di lucro o di vantaggio, anche la mera "utilizzazione" e la mera "induzione" a partecipare. Si tratta, infatti, di azioni di per sé degradanti e connotate da profondo disvalore, oltre che pericolose per la successiva eventuale diffusione che il materiale così prodotto o raccolto può conoscere.

Ritiene, poi, che il medesimo reato ricomprenda anche le azioni compiute da minori e tra minori, allorchè sussistano tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie.

Queste affermazioni meritano di essere ulteriormente approfondite.

8. L'art. 600 - ter c.p., fin dalla sua formulazione originaria ha come oggetto la tutela e la protezione del minore in vista del suo "sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale". Si tratta di scelta del legislatore (si veda la citata L. n. 269 del 1998, art. 1), che la giurisprudenza ha fatto propria, chiaramente affermando che la tutela si dirige alla difesa del minore "da ogni forma di sfruttamento sessuale in vista del suo completo sviluppo sotto tutti gli aspetti" (il riferimento è alla citata sentenza delle Sezioni Unite, Bove e alla successiva decisione della Sezione Terza Penale, 29 maggio 2002, Martorana).

Depone in tal senso anche la scelta del legislatore del 1998 di non attribuire rilievo nè al consenso eventualmente prestato della persona minore di età all'età, nè al limite di quattordici anni previsto in materia di atti sessuali.

Il chiaro dettato normativo e la collocazione delle nuove fattispecie incriminatrici nell'ambito dei delitti contro la libertà

individuale non lasciano dubbi circa il fatto che il bene giuridico tutelato sia la libertà della persona nella sua accezione più ampia, così che vengono represses tutte le condotte e le situazioni che attentano allo stato della persona e che rischiano di comportare, secondo un acuto commento, "l'annientamento della stessa personalità dell'individuo". Va, dunque, escluso che la finalità principale dell'intervento normativo possa identificarsi nella tutela di beni quali la moralità pubblica o il buon costume.

In questa prospettiva devono essere collocate le modifiche apportate alle norme codicistiche dalla L. n. 38 del 2006, legge che da attuazione alla Decisione Quadro n. 2004/68/GAI (G.U.C.E. n. 13/44 del 20 gennaio 2006) e che mira a reprimere in maniera rafforzata e coordinata le forme di pornografia minorile.

9. Nella chiarezza del suo testo e della sua "ratio", la legge impone all'interprete di assumere come prospettiva prioritaria la posizione del singolo minore oggetto di comportamenti che attentano alla sua libertà ed al libero sviluppo della sua personalità. Rispetto a tale prospettiva vengono in luce due diverse situazioni di offesa.

La prima è rappresentata dal solo fatto che il minore come persona (e questo costituisce elemento che differenzia la presente fattispecie da quella che si occupa della pornografia minorile "virtuale", art. 600 - quater 1 c.p.), venga utilizzato o indotto a partecipare alla creazione di materiale pornografico ed alla realizzazione di spettacoli aventi analoga natura. Già tali condotte, con il loro carattere di oscenità e, in molti casi, di vera perversione, comportano una offesa gravissima allo sviluppo della personalità del minore, tanto maggiore quanto più costui è lontano da uno stadio minimamente strutturato di maturità e di sviluppo.

La seconda, che può rappresentare uno sviluppo della precedente, è costituito dalle diverse forme di diffusione del materiale pornografico ottenuto mediante la utilizzazione di persone minori di età.

10. L'art. 600 - ter c.p., nella sua attuale formulazione contiene plurime disposizioni che risultano organizzate secondo un ordine gradato di gravità dei fatti e di trattamento sanzionatorio.

Il comma 1, contiene la disposizione relativa alle condotte che il legislatore considera più gravi (e punisce con pena fissata nel minimo in sei anni di reclusione): la "produzione" di materiale pedopornografico o di spettacoli aventi la stessa natura effettuata coinvolgendo persone minori di età, che vengono "utilizzate" oppure "indotte" a partecipare. Questa Corte ha poco sopra espresso la convinzione che il termine "utilizzare" comporti la degradazione del minore ad oggetto in sostanza manipolato, il cui eventuale consenso non assume valore esimente proprio perchè la persona minore di età, tanto più se lontana dal limite dei diciotto anni, necessita, rispetto a fatti di questa natura, di una tutela anticipata e rafforzata. Analoga la logica sottesa al verbo "indurre".

Del tutto simile la impostazione che caratterizza il comma 2, che punisce con medesima sanzione le condotte di commercializzazione del materiale descritto al comma che precede. Il comma 3, si concentra su condotte ritenute meritevoli di un trattamento sanzionatorio meno pesante (reclusione da uno a cinque anni); si tratta di condotte di divulgazione di materiale pornografico compiute al di fuori de, e quindi senza collegamento con, le ipotesi previste dai commi 1 e 2.

Le condotte punite consistono nel distribuire, divulgare, diffondere o pubblicizzare il materiale pornografico. Una divulgazione a più soggetti, dunque, che, senza essere di necessità una divulgazione indiscriminata, si dirige ad una platea ampia potenzialmente non controllata o controllabile di destinatari. La differenza terminologica con il comma successivo non lascia dubbi su questo punto.

Ancora più lievi, infatti, le sanzioni previste dal successivo quarto comma (pena della reclusione fino a tre anni) per la condotta di chi, senza concorrere nelle fattispecie precedenti, a qualunque titolo offre o cede ad altri il materiale pornografico di cui al comma 1. Si tratta con ogni evidenza di condotta meno pericolosa e offensiva di quella prevista dal comma terzo, e ciò in quanto il trasferimento (o anche la mera offerta) del materiale avviene in favore di persone determinate ed individuate, con ciò riducendo i rischi di diffusione del materiale.

11. Il testo del comma 1, si compone di un insieme di vocaboli e di espressioni che connotano la fattispecie di reato con caratteristiche di non occasionalità e di finalizzazione. Sembra, cioè, che non qualsiasi condotta consistente nella realizzazione di materiale avente carattere oggettivamente pornografico possa essere ricondotta, alla ipotesi qui prevista per il solo fatto che vede come protagonista una persona minore di età. I concetti di "produzione" e di "esibizione", infatti, pur non richiedendo come necessaria la presenza di finalità commerciali o lucrative, sembrano tuttavia richiedere l'inserimento delle condotte in un contesto di almeno embrionale organizzazione e di destinazione alla successiva fruizione anche potenziale da parte di terzi. Non altrimenti si comprenderebbe la previsione di un identico trattamento sanzionatorio da parte del comma 2, per l'ipotesi di commercializzazione del materiale pornografico.

Ciò non significa affatto che la realizzazione di un unico prodotto o di un'unica esibizione non possa integrare la fattispecie criminosa quando, per modalità e caratteristiche, la condotta presenti i caratteri di pericolosità e di offensività che si pongono a fondamento dell'intervento sanzionatorio.

12. La Corte ritiene opportuno osservare che l'assenza di una disposizione che preveda la riduzione del pesante trattamento sanzionatorio previsto dai commi 1 e 2, in presenza di fatti che si presentano in concreto di contenuta gravità rispetto all'interesse tutelato e, al contrario, la previsione di una specifica aggravante collegata, per i commi 3 e 4, alla quantità del materiale prodotto, appaiono elementi indicativi della volontà del legislatore di concentrare con i primi due commi l'attenzione sulle condotte intrinsecamente non occasionali e potenzialmente diffuse e diffusive.

13. E, tuttavia, come si è già sottolineato, sarebbe errato guardare esclusivamente ai fenomeni di utilizzazione anche solo potenzialmente "industriale" dei minori nel settore pedo - pornografico dimenticando l'esigenza di tutela del singolo minore rispetto a condotte che assumono, per lui e indipendentemente dalle scelte e dalle finalità del soggetto agente, i connotati di degradante utilizzazione della persona e di successiva pericolosa diffusione del materiale: condotte che comunque ne offendono la dignità e possono prevedibilmente comportare una ferita gravissima per un suo equilibrato sviluppo personale e per un suo positivo inserimento sociale. Ciò significa che anche il singolo episodio, ove possieda le caratteristiche previste dall'art. 600 - ter c.p., può integrare una delle fattispecie previste da ciascuno dei diversi commi di cui l'articolo si compone.

14. Rispetto a queste esigenze di tutela, che è stata sopra definita "rafforzata e anticipata", non vi è alcuna ragione per

ritenere che le condotte punite dall'art. 600 - ter c.p., non possano avere come autore una persona minore di età. Non solo perchè la norma non introduce alcuna limitazione in tal senso, ma anche perchè il paragone con la disposizione contenuta nell'art. 609 - quater c.p., comma 3, non regge ad un esame critico.

In primo luogo è il caso di considerare che la mancata previsione da parte dell'art. 600 - ter c.p., di una clausola di salvaguardia simile costituisce elemento contrario alla tesi della difesa: dove il legislatore ha voluto dare rilievo all'età dell'agente ed alla relazione con l'età della persona offesa, lo ha fatto.

In secondo luogo deve considerarsi che tale differenza di regime risponde ad una logica convincente. Mentre per i rapporti sessuali, che rappresentano in sé una fisiologica espressione della personalità, il legislatore ha inteso evitare l'intervento penale in caso di rapporti tra due minori che presentano condizioni personali simili, del tutto diversa è la situazione in caso di condotte che presuppongono sia una offesa alla dignità del minore coinvolto in realizzazioni pornografiche sia una evidente situazione di sproporzione nella posizione di forza dei soggetti coinvolti.

A tale proposito va rilevato che nel corso dei lavori parlamentari che portarono all'approvazione della L. n. 38 del 2006, erano state presentate proposte volte ad introdurre alcune cause di non punibilità. Una proposta mirava a rendere non punibile la formazione di materiale pornografico posta in essere da due minorenni tra loro consenzienti purché il materiale restasse nella esclusiva disponibilità dei soli protagonisti, essendo pacifico che avrebbe conservato piena rilevanza penale la eventuale diffusione di tale materiale da parte del partner della persona minorenni "utilizzata".

La circostanza che queste proposte non siano state recepite nel testo finale della legge appare alla Corte come una conferma delle conclusioni fin qui raggiunte.

15. Passando così all'esame del caso di specie, non c'è dubbio che A.G. non si limitò a riprendere il rapporto sessuale per farne un utilizzo privato, ma dette ad esso una diffusione destinata ad ampliarsi, essendo evidente, o chiaramente prevedibile, che un "materiale" di quella natura sarebbe stato dai destinatari iniziali ulteriormente diffuso, con conseguente perdita di controllo del meccanismo di pubblicità avviato. Trasmettere una videoripresa di contenuto pornografico a più persone attraverso il telefono cellulare potenzia il carattere diffusivo della trasmissione, facilmente moltiplicabile da ciascuno dei destinatari. La circostanza, sottolineata dalla difesa, che alcuni dei giovani coinvolti avrebbero utilizzato con i loro amici l'esistenza della videoripresa quale "prova" della effettività dei rapporti sessuali non elimina affatto il disvalore oggettivo della ripresa e della sua utilizzazione.

Ritiene la Corte, piuttosto, che debba essere evidenziata la gravità oggettiva delle conseguenze che la diffusione e la pubblicizzazione della ripresa hanno avuto sulla vita familiare e di relazione della persona offesa e sul probabile sviluppo della sua personalità. Tali conseguenze appaiono la dimostrazione più evidente dei pericoli insiti in questo tipo di condotte e della esigenza che il legislatore ha avvertito di procedere mediante forme di tutela rafforzata e anticipata.

16. Alla luce dei principi sin qui affermati, la motivazione dell'ordinanza impugnata risulta carente e meritevole di annullamento. Le diverse caratteristiche delle fattispecie criminose previste dall'art. 600 - ter c.p., richiedono che il giudice individui con chiarezza quale di esse ritiene applicabile al caso concreto sulla base dei fatti per cui esistono indizi o prove di commissione da parte dell'indagato, e che di questa valutazione sia dato specifico conto in motivazione. Si tratta, per di più, di decisione che assume particolare rilievo con riferimento ai requisiti di emissione delle misure cautelari, attese le rilevanti differenze nell'entità delle sanzioni previste per ciascuna ipotesi di reato.

17. All'annullamento consegue, ai sensi dell'art. 623 c.p.p., comma 1, lett. a), la trasmissione degli atti al giudice che ha emanato il provvedimento.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale per i Minorenni di Ancona.

Così deciso in Roma, il 5 giugno 2007.

Depositato in Cancelleria il 12 luglio 2007