



**CASS. PEN. SEZ. III, SENTENZA N. 1783 DEL 17 NOVEMBRE 2016
(DEP. 16 GENNAIO 2017), IMP. C**

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA PENALE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSI Elisabetta - Presidente -

Dott. ROCCHI Giacomo - Consigliere -

Dott. DI STASI Antonella - Consigliere -

Dott. GAI Emanuela - rel. Consigliere -

Dott. MENGONI Enrico - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

C.A., nato a (OMISSIS);

avverso l'ordinanza del 20/06/2016 del Tribunale di Roma;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Dr. Emanuela Gai;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Dr. Fimiani Pasquale, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

udito per l'imputato gli avv.ti Cesare Gai e Gianluca Tognozzi, che hanno concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 20/06/2016 (dep. 01/07/2016), il Tribunale del riesame di Roma, in parziale accoglimento dell'istanza ex art. 309 c.p.p., proposta da C.A. avverso il provvedimento del Giudice delle indagini preliminari del medesimo Tribunale che gli aveva applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari in ordine ai reati di cui all'art. 81 c.p., comma 2, art. 600-ter c.p., commi 1 e 3 (capo 1), art. 600-ter c.p., comma 1 e 3 (capo 2), D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 e art. 80, lett. f) (capo 3), art. 600-bis c.p. (capo 4), artt. 56 e 600-bis c.p. (capo 5), art. 81 c.p., comma 2 e art. 600-bis c.p. (capo 6), ha annullato l'ordinanza applicativa con riferimento ai reati di cui ai capi 2), 4) e 5) e confermato l'ordinanza in relazione ai capi 1), esclusa la condotta nei confronti del P. ed esclusa la fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p.; capo 3), esclusa l'aggravante

di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 80, lett. f), ritenuta contestata in fatto l'aggravante di cui all'art. 80, lett. a) cit; capo 6) in relazione ai quali il Tribunale riteneva sussistenti i gravi indizi di colpevolezza e l'esigenza cautelare del concreto pericolo di recidiva atteso il carattere non occasionale delle condotte e della loro dimostrazione dell'incapacità del C. di governare i propri impulsi sessuali.

Alla configurazione dei gravi indizi di colpevolezza nei confronti di C.A. in relazione al reato di produzione di materiale pornografico, mediante utilizzo di minori che avevano inviato attraverso il web, su sollecitazione del C. e dietro promessa di denaro/regalie e/o offerta di sostanza stupefacente, foto pornografiche dei medesimi, foto che venivano divulgate per via telematica ad altri soggetti (capo 1), il Tribunale perviene richiamando per relationem la motivazione del G.I.P. che, sua volta, si fonda sugli esiti delle investigazioni compiute dopo la denuncia di G.F., madre del minore Pe.Ro., consacrate dai risultati degli accertamenti compiuti su ponderoso materiale sequestrato (2 smartphone, 6 Iphone Apple, 2 tablet, un PC Apple, hard disk esterno e altro).

In particolare, dalla lettura delle conversazioni registrate in via telematica emergeva che il C. aveva prodotto materiale pornografico mediante utilizzo di minori che, a seguito di richiesta da parte del C. che offriva in cambio denaro/regalie e droga, gli avevano inviato foto del pene e, in un caso, una sequenza dell'attività masturbatoria degli stessi; condotta idonea a rendere concretamente possibile la diffusione del materiale attesa la possibilità di accesso da parte di un numero indeterminato di persone, essendo state rivenute fotografie nel percorso di file inviati ("sent").

Quanto al reato di detenzione a fini di spaccio di sostanza stupefacente (capo 3), tra cui cocaina che il C. offriva, in almeno un'occasione a minori, aggravato dalla circostanza di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 80, lett. a), di cui al capo 3), l'ordinanza impugnata evidenzia, a supporto della configurazione della gravità indiziaria, la presenza di file video e foto ritraenti soggetti, tra cui anche il ricorrente, dediti al consumo di droga, fotografie raffiguranti sostanze stupefacenti varie, video che ritrae il consumo di droga e, a riscontro, le dichiarazioni di G.F. e Pe.Ro., minore a cui era stata offerta la sostanza stupefacente, evidenze incompatibili con la tesi difensiva della "millanteria".

Quanto al reato di prostituzione minorile di cui al capo 6), l'ordinanza impugnata individua i gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di prostituzione minorile dalle conversazioni per via telematica tra il C. e il minore L. il quale, in corrispettivo dell'atto sessuale, aveva ricevuto un'utilità economica quale retribuzione (Iphone 5).

2. Propone ricorso per cassazione C.A., a mezzo del proprio difensore, deducendo quattro motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e), in relazione alla mancanza della motivazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600-ter c.p., commi 1 e 3, per aver il Tribunale omesso di esporre valide argomentazioni a sostegno della gravità indiziaria incorrendo anche in violazione di legge con riferimento alla fattispecie incriminatrice contestata.

A tale riguardo, argomenta il ricorrente l'erronea applicazione della legge penale laddove il Tribunale avrebbe ritenuto integrato il reato di produzione di materiale pornografico, in presenza di materiale pornografico realizzato dai minori stessi in modo autonomo, consapevole e non indotto. In tale evenienza difetterebbe, a parere del

ricorrente, il presupposto fattuale secondo cui l'autore della condotta deve essere soggetto diverso dal minore da lui utilizzato, presupposto non sussistente nel caso in esame, poichè il materiale pornografico era stato realizzato direttamente dai minori coinvolti in assenza di elemento induttivo. Erronea applicazione della legge penale si configurerebbe, anche, laddove l'ordinanza impugnata ritiene configurato il concreto pericolo di diffusione ad un numero indiscriminato di persone, potendosi, semmai, ritenersi la mera detenzione di materiale pornografico destinato a rimanere nella sfera privata, ovvero detenzione integrante la fattispecie di cui all'art. 600-quater c.p..

2.2. Con il secondo motivo deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) in relazione alla configurazione della gravità indiziaria in relazione al reato di detenzione e offerta di sostanza stupefacente a minori (capo 3), essendo incorso il Tribunale in un palese vizio di motivazione non avendo considerato che, come dichiarato nel corso dell'interrogatorio, si trattava di mera "millanteria".

2.3. Con il terzo motivo deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), in relazione alla configurazione della gravità indiziaria in relazione al reato di prostituzione minorile (capo 6) rispetto al quale l'ordinanza non contiene la motivazione non individuando la stessa gli elementi su cui si fonderebbe la gravità indiziaria.

2.4. Con il quarto motivo deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) in relazione all'art. 274 c.p.p., lett. c) con riferimento all'omessa motivazione del provvedimento impugnato dell'attualità e concretezza dell'esigenza cautelare, fondata sulla mera gravità del fatto, e la proporzionalità della stessa all'entità del fatto e alla pena che si ritiene verrà irrogata, requisiti rispetto ai quali l'ordinanza sarebbe motivata in modo apodittico e auto referenziale.

Il difensore, all'udienza del 29 settembre 2016, ha depositato ordinanza di revoca di misura cautelare e, successivamente, il ricorrente personalmente ha dichiarato di aver interesse alla trattazione del ricorso.

3. Il Procuratore generale ha chiesto, in udienza, il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4. Il ricorso è parzialmente fondato con riguardo al quarto motivo.

Sono infondati il primo, secondo e terzo motivo di ricorso.

4.1. Va preliminarmente ricordato che costituisce principio consolidato e più volte affermato dalla Corte di cassazione, quello per cui, in tema di impugnazione delle misure cautelari personali, il ricorso per cassazione è ammissibile soltanto se denuncia la violazione di specifiche norme di legge, ovvero la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento secondo i canoni della logica ed i principi di diritto, ma non anche quando propone censure che riguardino la ricostruzione dei fatti ovvero si risolvano in una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito (Sez. 6, n. 11194 dell'8/3/2012, Lupo, Rv. 252178; Sez. 5, n. 46124 dell'8/10/2008, Pagliaro, Rv. 241997).

5. Ciò premesso, ritiene il Collegio che il Tribunale del riesame abbia fatto corretta applicazione di questo principio, ed abbia confermato la gravità indiziaria con

riferimento ai capi 1), 3) e 6) con motivazione adeguata, congrua e corretta sul piano del diritto.

6. Infondato è il primo motivo di ricorso con cui il ricorrente censura il profilo della carenza di motivazione per aver il Tribunale del riesame richiamato "per relationem" il contenuto dell'ordinanza del Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Roma. La Corte di Cassazione ha, da tempo, affermato che in tema di misure cautelari, l'obbligo di motivazione può ritenersi adempiuto qualora l'ordinanza del tribunale della libertà richiami "per relationem" le argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato, nell'ambito di una valutazione complessiva destinata a superare i motivi dedotti, a condizione, tuttavia, che le deduzioni difensive non siano idonee a disarticolare il ragionamento probatorio proposto nell'ordinanza genetica, non potendo in tal caso la motivazione "per relationem" fornire una risposta implicita alle censure formulate (Sez. 6, n. 566 del 29/10/2015 Rv. 265765, Sez. 6, n. 48649 del 6/11/2014, Beshaj, Rv. 261085).

In presenza di questi requisiti non è affetta da vizio di motivazione l'ordinanza del tribunale del riesame che conferma in tutto o in parte il provvedimento impugnato, recependone le argomentazioni, perchè in tal caso i due atti si integrano reciprocamente, ferma restando la necessità che le eventuali carenze di motivazione dell'uno risultino sanate dalle argomentazioni utilizzate dall'altro. Tale principio di diritto è stato ulteriormente ribadito, anche a seguito della modifica introdotta dalla L. n. 47 del 2015, dalla giurisprudenza di legittimità che ha affermato il principio secondo il quale la previsione dell'autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza non ha carattere innovativo, essendo essa espressione del principio generale per cui l'esercizio di un autonomo potere comporta il dovere di esplicitare le ragioni che giustificano la decisione, con la conseguenza che la necessità di un'autonoma valutazione è compatibile con il rinvio "per relationem" (Sez. 3, n. 28979 del 11/05/2016, Sabounjian, Rv. 267350), salvo che l'ordinanza recepisca acriticamente la richiesta cautelare aggiungendovi mere clausole di stile senza una necessaria rielaborazione critica di essa (Sez. 6, n. 47233 del 29/10/2015, Moffa, Rv. 265337).

6.1. Nel caso in esame il Tribunale ha ben argomentato, in risposta alle censure difensive, le ragioni per le quali le stesse erano infondate in fatto e in diritto.

Il Tribunale cautelare ha precisato come, sulla base della denuncia della madre di un minore coinvolto e degli esiti degli accertamenti tecnici sul ponderoso materiale informatico sequestrato, era emerso che il C. contattava minori che dietro la promessa e/o dazione di somme di denaro, regalie e anche offerta di stupefacente, gli inviavano fotografie che ritraevano le loro parti intime e in un caso anche un video di un'attività masturbatoria.

Il discorso argomentativo è congruo, puntuale e non presenta profili di illogicità, e il richiamo per relationem al provvedimento genetico, con riferimento ai reati per i quali ha confermato l'ordinanza genetica, è pienamente legittimo e non è sindacabile in sede di legittimità in presenza di una convergenza dei due provvedimenti.

Ciò implica il sostanziale superamento del primo profilo di vizio di motivazione introdotto dal primo motivo di ricorso.

6.2. In relazione alla configurazione, ferma la ricostruzione dei fatti nella loro dimensione storica, non essendo contestato che i minori avessero inviato le fotografie

che ritraevano le loro parti intime al C. su iniziativa e richiesta di quest'ultimo accompagnata dalla promessa e dazione (cfr. pag. 4) di denaro.

Correttamente, il Tribunale, ha ritenuto sussistente il reato di produzione di materiale pornografico mediante utilizzo di minori, sul rilievo che l'espressione del termine "utilizzo" deve essere intesa, in aderenza alla pronuncia della Cassazione n. 41776 del 2013, come vera e propria "degradazione del minore oggetto di manipolazione non assumendo valore esimente il relativo consenso" (Sez. 3, n. 17178 del 11/03/2010 Flak, Rv. 246982; Sez. 3, n. 27252 del 05/06/2007, Aquili, Rv. 237204), e che era configurabile la condotta di utilizzazione nel caso in scrutinio tenuto conto della risultanze probatorie e segnatamente della circostanza che i minori avevano inviato le immagini pornografiche indotti dalla profferta di denaro e/o regalie da parte del C., sicchè alcun consenso poteva ritenersi sussistente, motivazione aderente al dato probatorio e corretta sul piano del diritto. Ha poi ritenuto che, nel caso in esame, non fossero richiamabili i principi esposti dalla pronuncia della Sez. 3 n. 11675 del 2016, che ha escluso la fattispecie in oggetto in presenza di "selfie" prodotti dal minore autonomamente e volontariamente scattati, sul rilievo che il C. aveva indotto i minori a realizzare le immagini de qua e ad inviargliele telematicamente promettendo in cambio denaro e regalie (ricariche di cellulare e dazione di Euro 50,00 cfr pag. 12) e, dunque, che era integrata la condotta induttiva.

Infine, congrua e puntuale motivazione (cfr. pag. 12) si riviene nel provvedimento impugnato che ha posto in evidenza come il C. avesse la possibilità di diffondere il materiale pornografico prodotto avendo il consulente tecnico evidenziato che almeno due immagini, che ritraevano minori in esplicite attività sessuali, erano contenute all'interno di un percorso di memorizzazione automatico (email/sent/non categorizzato) che consentiva di ritenere che le immagini catturate fossero state, poi, oggetto in invio e dunque di diffusione (sent).

Il Tribunale cautelare, dopo aver richiamato i principi già affermati dalle S.U. n. 13 del 2000 secondo cui la disposizione di cui all'art. 600-ter c.p., comma 1 presiede alla tutela di quelle situazioni nelle quali siano individuabili indici di concreto pericolo che l'attività posta in essere fosse idonea a soddisfare il mercato dei pedofili, ha condivisibilmente tratto la prova dei concreti indici di diffusione e di capacità di soddisfare il mercato con motivazione congrua e aderente al dato probatorio ed ancorata alla idoneità dello strumento usato per la cattura (telefono cellulare) e la successiva archiviazione del materiale pornografico nel computer Macbook Pro, strumento per la successiva diffusione.

6.3. Alcun travisamento della prova è ravvisabile, contrariamente a quanto argomentato dalla difesa del ricorrente, nell'aver ritenuto le stesse fotografie di immagini pornografiche rilevanti per la configurazione del reato di cui al capo 1) e, contestualmente, irrilevanti per la condotta di cui al capo 2) e 4), reati per i quali il Tribunale emetteva una pronuncia di annullamento, e ciò sul rilievo che le immagini de quo erano dimostrative, per le ragioni evidenziate dal consulente tecnico, dell'idoneità concreta alla diffusione, mentre il rapporto C. - G. non aveva le caratteristiche del rapporto riconducibile alla nozione di pornografia essendo emerso un coinvolgimento affettivo, sicchè non ricorrevano i gravi indizi di colpevolezza in ordine ai capi 2) e 4).

7. Infondato è il secondo motivo di ricorso con cui il ricorrente censura il provvedimento impugnato in relazione alla detenzione a fini di spaccio e offerta di sostanze stupefacenti di cui al capo 3), perchè diretto a riproporre una versione alternativa già vagliata e disattesa dal Tribunale cautelare che ha evidenziato come le dichiarazioni rese da G.F. e Pe.Ro. smentivano la versione dei fatti accreditata dal ricorrente (cfr pag. 14).

Infatti alla Corte di Cassazione è, in via generale, preclusa la possibilità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali e, nella materia cautelare, l'ambito cognitivo del vizio della motivazione del provvedimento è diretto unicamente a verificare la motivazione secondo i canoni della logica ed i principi di diritto, non essendo proponibili censure che riguardano la ricostruzione dei fatti ovvero si risolvano in una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito (Sez. 6, n. 11194 dell'8/3/2012, Lupo, Rv. 252178; Sez. 5, n. 46124 dell'8/10/2008, Pagliaro, Rv. 241997).

8. Anche il terzo motivo con cui il ricorrente deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) in relazione alla configurazione della gravità indiziaria in relazione al reato di prostituzione minorile (capo 6) è infondato. Alcuna carenza motivazione appare predicabile essendo evincibile dal provvedimento impugnato una adeguata e congrua motivazione in relazione alla gravità indiziaria desunta dalle conversazioni virtuali intrattenute tra il C. e il minore L., riportate a pag. 15, inequivoche in relazione alla circostanza che vi era stato un rapporto sessuale remunerato con il minore.

9. Fondato è il quarto motivo di ricorso nei termini qui esposti.

Il provvedimento impugnato non contiene una congrua e adeguata motivazione in relazione alla sussistenza dell'esigenza cautelare, connessa al concreto e attuale pericolo di reiterazione del reato. Se appare pienamente condivisibile l'affermazione secondo cui l'esigenza cautelare del pericolo di recidiva è sussistente in ragione della non occasionalità della condotta (pag. 20) apparendo la stessa improntata ad uno stile di vita, ciò non di meno, il provvedimento impugnato mostra di essere carente in relazione al profilo della attualità e concretezza del pericolo di reiterazione delle stesse condotte criminose, requisiti che ora sono richiesti per effetto della modifica all'art. 274 c.p.p., lett. c) ad opera della L. n. 47 del 2015.

9.1. Al riguardo, è principio affermato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, all'indomani dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 274 c.p.p., lett. c) ad opera della L. 16 aprile 2015, n. 47, quello per cui la modifica legislativa della disposizione di cui all'art. 274 c.p.p., lett. c), nel testo introdotto dalla L. 16 aprile 2015, n. 47, nel prevedere espressamente il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, in aggiunta a quello della concretezza, non ha carattere innovativo, ma ha inteso normativizzare il principio giurisprudenziale, preesistente alla novella, secondo cui la nozione di attualità è insita in quella di concretezza ed entrambe costituiscono condizione necessaria per l'applicazione della misura cautelare (Sez. 3, n. 12921 del 17/02/2016, Mazzilli, Rv. 266425; Sez. 3, n. 12816 del 02/02/2016, Trinboli, Rv. 266515; Sez. 6, n. 44605 del 01/10/2015, P.M. in proc. De Lucia, Rv. 265350). Ciò comporta che entrambi i requisiti debbano essere necessariamente valutati, alla luce della concreta situazione cautelare, per la verifica della sussistenza del pericolo di recidiva al momento della adozione della misura, in relazione al tempo trascorso dal fatto contestato ed alle peculiarità della

vicenda (Sez. 5, n. 43083 del 24/09/2015, Maio, Rv. 264902). Dunque la normativa introdotta con la legge 47/2015, nella parte in cui modifica le disposizioni in tema di motivazione delle ordinanze cautelari, pur non avendo carattere innovativo, richiede che l'ordinanza di custodia, e quelle emesse in sede di riesame e appello, abbiano comunque un chiaro contenuto indicativo della concreta valutazione della vicenda da parte del giudicante, dovendo indicare nello specifico caso il convincimento in forza del quale persiste il concreto e attuale pericolo di recidiva con motivazione aderente alla situazione cautelare.

9.2. Tale motivazione non si rinviene nel provvedimento impugnato che deve essere annullato con rinvio al Tribunale di Roma per un nuovo esame sulla sussistenza delle esigenze cautelari. Nel resto il ricorso deve essere rigettato e il ricorrente condannato al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata limitatamente alle esigenze cautelari con rinvio al Tribunale di Roma, Sezione riesame provvedimenti cautelari; rigetta nel resto il ricorso. In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D. Lgs. n. 196 del 2003, art. 52 in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, il 17 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 16 gennaio 2017