

mainiero

26969-22



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Luca RAMACCI	Presidente
Dott. Claudio CERRONI	Consigliere
Dott. Giovanni LIBERATI	Consigliere
Dott. Andrea GENTILI	Consigliere rel.
Dott.ssa Antonella DI STASI	Consigliere

CAMERA di CONSIGLIO
del 23 marzo 2022

SENTENZA N.

SFZ

REGISTRO GENERALE
n. 36256 del 2021

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto dal:

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Salerno;

nei confronti di:

(omissis) , nato a (omissis)

avverso la ordinanza n. 19/2021 RIMod.17 del Tribunale per i minorenni di Salerno del 30 settembre 2021;

letti gli atti di causa, la ordinanza impugnata e il ricorso introduttivo;

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. Andrea GENTILI;

letta la requisitoria scritta del PM, in persona del Sostituto Procuratore generale Dott. Domenico SECCIA, il quale ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della ordinanza impugnata.

IL CANCELLIERE ESPERTO

[Handwritten signature]

RITENUTO IN FATTO

Avendo, il Tribunale per i minorenni di Salerno, in funzione di giudice del riesame dei provvedimenti cautelari personali, con ordinanza pronunciata in data 30 settembre 2021, solo parzialmente accolto l'istanza di riesame presentata dalla difesa di (omissis) avverso la ordinanza emessa dal Gip del citato Tribunale specializzato e con la quale, avendo il Gip ritenuto sussistere a carico del predetto minore gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di cui agli artt. 81, cpv., 600-ter, comma 2, 3 e 4, aggravato ai sensi dell'art. 602-ter, comma 5, cod. pen. e tenuto conto delle ritenute esigenze cautelari, connesse al pericolo di reiterazione e di inquinamento probatorio, ha applicato a carico del medesimo la misura cautelare del collocamento in comunità, il locale Pubblico ministero ha presentato ricorso per cassazione in ordine al citato provvedimento.

In particolare, il Tribunale in questione, pur confermando sostanzialmente la misura cautelare in atto, ha ritenuto che non sussistessero gli elementi indiziari per qualificare la condotta del (omissis) entro i limiti di cui al comma 2 dell'art. 600-ter cod. pen., posto che la condotta del ragazzo, pur consistente nella trasmissione a terzi del materiale pedopornografico da lui detenuto, non poteva rientrare nella nozione di commercio di esso, ma solamente di sua cessione.

Ha, infatti, rilevato il Tribunale minorile di Salerno che la espressione "fare commercio del materiale..." utilizzata dal legislatore evoca la realizzazione di un'attività organizzata, sia pure di tipo rudimentale, avente ad oggetto la cessione a titolo oneroso di materiali pedopornografici"; esulanti da essa sono perciò le singole cessioni isolate, avulse rispetto ad un'organizzazione del traffico illecito.

Questa, secondo il Tribunale minorile di Salerno, presuppone la esistenza "di un'abituale attività di compravendita del prodotto pedopornografico per fini di lucro"; aggiunge il Tribunale, onde giustificare la sensibile differenza di trattamento sanzionatorio esistente fra le fattispecie indicate al comma 2 ed al comma 4 dell'art. 600-ter cod. pen., che al fine di ravvisare l'attività commerciale è necessario che "vi sia una vera e propria attività imprenditoriale del soggetto, dotata di capacità diffusiva ed in grado di assicurare una offerta al pubblico duratura nel tempo"; la condotta criminosa, prosegue il testo della ordinanza impugnata, deve consistere in una "vendita reiterata connotata da una abituale e continuativa attività lucrativa", laddove l'attività punita con la previsione di cui al comma 4 della citata disposizione si

può risolvere in "isolati comportamenti, compiuti pure a titolo di amicizia", aventi il requisito della occasionalità e della sporadicità, dovendo, per converso, l'attività di commercio essere caratterizzata esclusivamente da fini economici e di lucro.

Ribadito che l'elemento specializzante fra le due condotte criminose è il requisito organizzativo, comportante la possibilità di una offerta rivolta al pubblico tendenzialmente stabile e con canali di distribuzione sempre alimentati, il Tribunale ha soggiunto che occorre anche il perseguimento di un fine lucrativo e di profitto, nella specie difettante, in quanto tale non può ritenersi l'avvenuto scambio con altri di *files* aventi la medesima natura. In particolare, il Tribunale ha, infatti, escluso, differenziando il proprio giudizio da quello del Gip, "la sussistenza dell'indicata fattispecie criminosa anche nel baratto operato dal (omissis) ad avviso del Tribunale in tale scambio difetta il profilo del conseguimento del profitto tipico della commercializzazione e che una interpretazione estensiva è quanto mai pericolosa e non conforme neanche alla *ratio* della legge che ha inteso differenziare, proprio sulla base della nozione di commercio, le due figure criminose.

Il Tribunale ha, pertanto, confermato la misura cautelare, escludendo, tuttavia, la ricorrenza degli estremi dei gravi indizi di colpevolezza con riferimento alla ipotesi di cui all'art. 600-ter, comma secondo, cod. pen.

Come detto, ha interposto ricorso per cassazione avverso la predetta ordinanza il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Salerno, sviluppando un unico motivo di impugnazione con il quale ha censurato la ordinanza impugnata lamentando il fatto che la nozione di "commercio" in essa ritenuta non fosse applicabile alla fattispecie in esame.

Il ricorrente ha, in primo luogo, rilevato che il fine di profitto, che il Tribunale ritiene connaturato al commercio, laddove costituisca un aspetto peculiare e necessario del reato, è stato dal legislatore espressamente segnalato (si veda, per tutti, il furto), mentre il relativo concetto non deve intendersi riferito al solo profitto finanziario, potendo esso riguardare anche la semplice acquisizione di un bene a fronte di un altro bene, tipica della permuta, in quanto anche in tal caso i soggetti entrano nella disponibilità di un bene di cui prima non avevano la disponibilità.

Quanto al profilo della organizzazione, deve rilevarsi, ad avviso del ricorrente Pm, che il tipo di attività *on line* svolta dall'indagato necessita per il suo compimento di mezzi elementari ma stabili, quali degli strumenti

elettronici, un *account* di posta elettronica, degli spazi informatici e l'accesso ai canali telematici settoriali; a tali elementi è sufficiente aggiungere la capacità di utilizzazione di essi, il *know-how*, ed una tale organizzazione di mezzi e persone è sufficiente, secondo il ricorrente, per integrare un'attività di tipo commerciale.

Va, infine, considerato che il Tribunale per i minorenni di Salerno non avrebbe colto nella condotta del (omissis) quella diffusività e penetrazione nel modo dei traffici di immagini pedopornografiche che costituisce la maggiore pericolosità del comportamento di carattere commerciale e che giustifica il trattamento sanzionatorio più severo che quella condotta patisce rispetto alla ordinaria trasmissione e distribuzione di immagini della medesima tipologia.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato, nei termini che saranno qui di seguito precisati.

Esso, pertanto, deve essere accolto.

Osserva il Collegio che la *quaestio juris* che sottende alla articolazione del motivo di ricorso proposto dalla pubblica accusa minorile attiene alla qualificazione giuridica da attribuire alla condotta dell'indagato: se, cioè, la stessa debba, o meno, essere qualificata come tale da integrare gli estremi, anche, del reato previsto dall'art. 600-ter, comma secondo, cod. pen., cioè della fattispecie criminosa originariamente ipotizzata dalla pubblica accusa e come ritenuta dal Gip salernitano, ovvero, come invece ritenuto in sede di riesame cautelare, se la stessa sia esulante rispetto a tale ipotesi criminosa, essendo estranea alla condotta del (omissis) : nozione di "attività di commercio" del materiale pedopornografico da lui acquisito, secondo la accezione che di essa ne ha tratto, in sede di riesame cautelare, il predetto Tribunale specializzato.

Ritiene, infatti, il Tribunale salernitano che la condotta posta in essere dall'indagato, il quale ha pure ceduto a terzi e scambiato con costoro materiale pedopornografico da lui realizzato ed acquisito, sia tale da integrare esclusivamente la fattispecie meno grave di reato prevista dall'art. 600-ter, comma quarto, cod. pen., posto che in essa mancherebbe la caratteristica del "fare commercio" richiesta dalla norma.

Ritiene, in sintesi, il Tribunale che attraverso la predetta espressione il legislatore abbia inteso evocare l'esistenza di "un'attività organizzata, sia pure di tipo rudimentale, avente ad oggetto la cessione a titolo oneroso di materiali

pedopornografici"; dal concetto in questione esulerebbero, pertanto, le attività consistenti in "singole cessioni isolate da qualsivoglia organizzazione di un traffico, sia pure rudimentale ed embrionale".

Secondo il Tribunale del riesame minorile "l'espressione *fare commercio* implica necessariamente la sussistenza di un'abituale attività di compravendita del prodotto pedopornografico per fini di lucro realizzata attraverso la predisposizione di una sia pure rudimentale struttura organizzata".

Ha, ancora, aggiunto il Tribunale che il criterio attraverso il quale operare la diagnosi differenziale fra l'ipotesi criminosa di cui al comma quarto dell'art. 600-ter cod. pen. e quella contermina di cui al comma secondo della medesima disposizione è fornito altresì dalla natura occasionale e sporadica della cessione del materiale pedopornografico, tanto da potere essere realizzata anche a titolo amicale e gratuito nel primo caso, mentre nella seconda ipotesi "le condotte criminose sono dettate esclusivamente da fini lucrativi ed economici".

Ha, infine, osservato il Tribunale, in ciò espressamente criticando la tesi, opposta, contenuta nella ordinanza cautelare genetica emessa dal Gip a carico del (omissis) che non è sussumibile nella nozione di commercializzazione il cosiddetto baratto - pratica seguita dall'indagato, il quale metteva a disposizione i propri *files* pedopornografici ottenendone altri in cambio "attraverso una vera e propria permuta" - in quanto in tale scambio difetterebbe il "profilo del conseguimento del profitto tipico della commercializzazione" e che una interpretazione estensiva del concetto di commercializzazione si rivelerebbe quanto mai pericolosa e non conforme alla *ratio* della legge che ha inteso differenziare le diverse ipotesi di cui ai richiamati commi secondo e quarto dell'art. 600-ter cod. pen., individuando una assai maggiore gravità nella ipotesi di cui al comma secondo, punita in termini assai più severi rispetto all'altra, distinguendo le due fattispecie attraverso il riferimento alla inequivoca espressione riguardante la commercializzazione del materiale in questione.

Ritiene il Collegio che la tesi sostenuta dal Tribunale specializzato, ed avversata in sede di ricorso per cassazione dalla locale Procura della Repubblica, non sia pienamente soddisfacente.

Si ritiene essere cosa metodologicamente corretta partire dalla analisi testuale delle due fattispecie criminose in questione; ora, mentre il comma

secondo dell'art. 600-ter cod. pen. punisce, analogamente al comma primo, con la reclusione da 6 a 12 anni e con la multa da 24.000 a 240.000, la condotta di chi "fa commercio del materiale pornografico" realizzato utilizzando per la sua produzione "minori di anni 18", il comma quarto sanziona, in termini decisamente più blandi - la pena della detentiva è, infatti, a partire dal minimo di legge per la reclusione e sino a 3 anni e la multa oscilla fra 1.549 e 5.164 euro - la condotta di chi - al di fuori delle ipotesi di cui ai precedenti commi della disposizione in questione - "offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico" realizzato utilizzando minori di anni 18.

E' di tutta evidenza che, per integrare la ipotesi di reato avente, nella valutazione del legislatore, un'assai minore gravità rispetto alle altre, l'attività di offerta ovvero di cessione del materiale pedopornografico deve concretizzarsi in qualche cosa di diverso dalla attività di chi "fa commercio" dello stesso.

Si ritiene indubbio che il criterio distintivo non possa essere ricollegato alla natura patrimonialmente rilevante, o meno, della attività in questione; l'espressione utilizzata dal legislatore "anche a titolo gratuito" non vale certamente ad escludere dal novero delle condotte sanzionabili nei soli limiti di cui al comma quarto dell'art.600-ter cod. pen. le condotte di cessione aventi una qualche contropartita economicamente valutabile, posto che, se questo fosse stato l'intento del legislatore, l'espressione usata non sarebbe stata "anche a titolo gratuito" ma, più semplicemente "a titolo gratuito".

Deve, pertanto, ritenersi che il fatto di avere conseguito per la cessione del materiale in questione (ovvero l'averlo offerto a fronte di) una contropartita e fattore che di per sé non costituisce un obiettivo elemento per la diagnosi differenziale fra le due fattispecie criminose.

Il discrimine, pertanto, deve essere collocato nella diversa valenza che hanno le espressioni utilizzate dal legislatore; cioè, in un caso "fa commercio" e nell'altro caso "offre o cede"; diversa valenza che, si ritiene, debba essere la conseguenza non della morfologia immediata della singola condotta, posto che indubitabilmente, dal punto di vista fenomenico, l'attività di chi "fa commercio" di un bene (inteso questo nella sua più vasta accezione) si concretizza nella offerta della sua *traditio* a terzi e nella effettiva cessione di esso a fronte di una contropartita.

Ecco che, allora, il criterio distintivo deve essere rinvenuto negli elementi costituenti le modalità attraverso le quali, nelle due diverse ipotesi criminose, le predette condotte sono poste in essere.

Ora, se si può sostanzialmente concordare con quanto riportato nella ordinanza impugnata in ordine alla natura necessariamente organizzata della attività di commercio (organizzazione della quale sia consentito osservare che, una volta riscontrata, essa costituisce fattore che, ai fini della individuazione della fattispecie, fa aggio sul dato offerto dalla natura non occasionale della attività - natura "non occasionale" che sembra essere stata erroneamente intesa dal Tribunale in un'accezione sostanzialmente sinonimica ad "abituale" - posto che una volta che a monte di una qualche attività vi sia una organizzazione, intesa questa come predisposizione di mezzi, di conoscenze o di persone al fine della sua realizzazione, tale realizzazione, sebbene numericamente isolata nel suo evento finalistico, non può definirsi occasionale, laddove per occasionale si intenda, come intendersi si deve, un'attività estemporanea e non sorretta da una qualche struttura teleologicamente indirizzata verso il suo compimento; non è, in altre parole, sicuramente occasionale, per rimanere nell'ambito criminale, il compimento anche di un unico reato laddove la perpetrazione di esso abbia richiesto una articolata preparazione), sebbene - come vedremo - possa essere messa in discussione la portata materiale che di tale concetto il Tribunale salernitano ha dato, appare indubbiamente non conforme al significato di "commercio", quanto meno nell'accezione che tale espressione deve darsi ai fini della integrazione del reato di cui al comma secondo dell'art. 600-ter cod. pen., il pretendere che lo stesso sia svolto al fine di conseguire un "profitto" in termini finanziari, come, invece, parrebbe presupporre il citato Tribunale di Salerno allorchè ritiene che renda estranea alla fattispecie normativa di cui alla disposizione sopra citata la presente vicenda il fatto - affermato, peraltro, in termini non convincenti - che i (omissis) procedesse allo scambio del materiale pedopornografico nelle forme del baratto (della riferita impostazione del Tribunale è sicuro indice il richiamo contenuto nella ordinanza impugnata alla inapplicabilità alla permuta di tutte le disposizioni normative contenute nel codice civile facenti riferimento al "pagamento del prezzo").

Chiarendo gli aspetti problematici dianzi evidenziati, si rileva che - diversamente da quanto parrebbe opinare il Tribunale con la ordinanza ora in scrutinio - una volta che per la cessione delle immagini in discorso vi è stata la predisposizione di una struttura funzionale, costituita dai mezzi elettronici necessari per la attivazione degli strumenti informatici di distribuzione del

materiale ai singoli destinatari, dall'esistenza di una riserva (quello che in termini economici si definirebbe un "magazzino") di prodotti da porre, e distribuire, sul mercato; l'acquisizione di determinate competenze tecniche finalizzate a rendere possibile tale distribuzione, l'offerta di detto materiale ad una ampia, non predeterminata e tendenzialmente mutevole platea di fruitori, i quali hanno, tendenzialmente, libero accesso alla offerta, essendo la platea in questione costituita dai potenziali avventori di quello che ben potrebbe essere definito, utilizzando un lessico abituale fra gli utilizzatori del commercio digitale, un "esercizio commerciale virtuale", non vi è dubbio che l'attività in questione possa essere definita "fare commercio".

Caratteristiche, si segnala, tutti ricorrenti, come è pacifico e come risulta dalla parte narrativa della ordinanza impugnata, nella presente fattispecie.

Tornando al tema avente ad oggetto la necessità che siffatta attività sia non occasionale, si ribadisce, da una parte che la non occasionalità di essa, nella accezione del sostantivo dianzi esplicitata, è ontologicamente consustanziata nella sua natura organizzata, e, da altra parte, si contesta che, ai fini della rilevanza penale della condotta, debba trattarsi anche di attività abituale, come, invece, parrebbe considerare necessario il Tribunale nella ordinanza censurata.

Invero, mentre un'attività commerciale è, per le ragioni già in precedenza illustrate, necessariamente non occasionale, secondo il contenuto precedentemente illustrato da attribuire al concetto in esame, essa non deve essere, invece, necessariamente abituale, dovendosi per tale intendersi una condotta ripetuta nel tempo in termini di sistematicità, ben potendo essere integrato il reato in questione anche da una singola condotta di cessione di materiale pedopornografico, laddove siffatta cessione abbia quelle caratteristiche di tipo organizzativo tale da renderla espressiva della condotta di chi "fa commercio".

Venendo, a questo punto, all'ultimo profilo di problematicità, cioè quello inerente alla finalità lucrativa della condotta come fattore caratterizzante l'attività commerciale, si rileva che erroneamente, nella fattispecie il Tribunale ha rilevato che siffatta finalità non sarebbe riscontrabile dato che il (omissis) | non conseguiva alcun prezzo a seguito della cessione da lui posta in essere delle immagini pedopornografiche, atteso che egli si sarebbe limitato a scambiare gratuitamente immagini aventi il predetto tenore e non a cederle a fronte di una controprestazione (significativamente la condotta in esame viene

collocata, dal punto di vista della qualificazione civilistica contrattuale, nella figura della permuta, contrapposta a quella della compravendita).

Deve, infatti, osservarsi, in primo luogo, come sia limitativo del concetto di profitto - in particolare laddove lo stesso rilevi ai fini penalistici anche al fine di integrare il contenuto di una disposizione che prevede alla sua base una condotta che per avere le caratteristiche indicate dalla norma precettiva debba essere svolta per conseguire un profitto - limitarne il suo oggetto al solo lucro finanziario e comunque patrimoniale.

Come, infatti, questa Corte ha in passato diverse volte affermato il concetto di profitto penalmente rilevante non deve essere associato necessariamente alla natura patrimoniale del vantaggio che, attraverso la condotta tipica, il soggetto agente consegue, potendo tale vantaggio essere determinato da benefici anche di carattere non patrimoniale rivenienti dalla condotta stessa (Corte di cassazione, Sezione IV penale, 7 febbraio 2022, n. 4144, in materia di furto; Corte di cassazione, Sezione II penale, 6 dicembre 2021, n. 45071, nel reato di ricettazione; Corte di cassazione, Sezione V penale, 1 marzo 2016, n. 8352, quanto al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione).

Di tal che è lecito pensare che, nel caso dell'odierno indagato, anche il solo fatto di avere a disposizione e di potere prendere visione di un'ulteriore quantità di materiale pedopornografico rispetto a quello già detenuto rappresenti il "profitto" costituente il movente della attività di commercio posta in essere.

Ma, al di là di tale rilievo, non può trascurarsi il dato, peculiare della attività del tipo di quella posta in essere dal (omissis) che solo in una primissima e assai poco corretta approssimazione la stessa è accostabile alla figura della permuta.

Invero, prendendo in esame la definizione che di tale contratto tipico dà il nostro legislatore civile, si rileva che è tale il contratto col quale si determina "il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di diritti da un contraente all'altro" (art. 1552 cod. civ.); caratteristica della permuta è, perciò, il reciproco rapporto di arricchimento e di impoverimento che si instaura fra i contraenti, i quali, per un verso acquistano un bene nuovo, ma, per altro verso, ne perdono (*rectius*: cedono) un altro che già era nel loro patrimonio.

Se noi, invece, valutiamo la morfologia della "cessione" delle immagini che era l'oggetto della condotta posta in essere dal : (omissis) tramite la loro collocazione sulla piattaforma di messaggistica digitale denominata Telegram da lui utilizzata, ci rendiamo conto di come essa sia priva della caratteristica del contestuale, o quanto meno concausale, arricchimento ed impoverimento dell'agente; in altre parole, fattore tipico delle condotte poste in essere dall'indagato è non la "cessione" di un bene e l'acquisto di un altro bene, ma la condivisione di esso con altri, a fronte della condivisione da parte dell'agente di altro bene che viene a questo trasferito da terzi.

Vi è, pertanto, si direbbe in termini algebrici, solo la acquisizione di un nuovo bene (le ulteriori immagini) senza la perdita di alcun preesistente elemento già nel patrimonio dell'agente, posto che il soggetto che trasmette a terzi l'immagine già da lui detenuta non ne perde affatto la disponibilità.

Ecco quindi che, sia pure in forma non finanziaria, il "patrimonio" di ciascuno dei soggetti di quello che non è in realtà uno scambio ma solo un fenomeno reciprocamente acquisitivo, si arricchisce solamente e non si depaupera affatto.

Anche sotto il descritto profilo, perciò, l'ordinanza impugnata, nell'aver ritenuto non sussistere i gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato anche del reato di cui all'art. 600-ter, comma 2, cod. pen., appare viziata.

Essa deve, pertanto, essere, in conclusione, annullata, con rinvio al Tribunale per i minorenni di Salerno in diversa composizione personale, affinché la questione concernente la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza riguardanti l'ipotesi criminosa di cui al comma secondo dell'art. 600-ter cod. pen. sia nuovamente valutata nella sua interezza, nei limiti di quanto devoluto a questa Corte dalla locale Procura della Repubblica specializzata con l'atto introduttivo del presente giudizio di legittimità.

PQM

Annulla la ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale per i minorenni di Salerno, competente ai sensi dell'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

Così deciso in Roma, il 23 marzo 2022

Il Consigliere estensore

(Andrea GENTILI)



Il Presidente

(Luca RAMACCI)



In caso di diffusione del presente provvedimento, si dispone che siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi delle persone, a norma dell'art. 52 del dlgs n. 196 del 2003, in quanto imposto dalla legge.

Il Presidente

