

Atto n. 8

Pornografia minorile. Commercio di materiale pedopornografico

di Francesco Crimi

Massima di riferimento

Cassazione penale, sez. III, 13 luglio 2022, n. 26969

In tema di pornografia minorile, la nozione di commercio di materiale pedopornografico postula: a) lo svolgimento dell'attività in maniera organizzata, ancorché non abituale; b) l'esistenza di una struttura funzionale all'offerta e alla distribuzione di tale materiale a un numero mutevole e non predeterminato di fruitori; c) la ricorrenza di una finalità lucrativa, di natura non necessariamente patrimoniale, che può consistere anche nell'acquisizione della disponibilità di ulteriore materiale pedopornografico, procurato dai cessionari.

Commercio di materiale pedopornografico: occorre la sussistenza di una organizzazione ancorché rudimentale funzionale all'offerta e alla distribuzione di tale materiale ad un numero mutevole e non predeterminato di fruitori

Traendo spunto da un caso concreto, la traccia impone di soffermarsi sugli elementi costitutivi delle ipotesi delittuose disciplinate nella norma a già fattispecie di cui all'art. 600-ter, commi 2° e 4°, c.p.

Normativa di riferimento

Il delitto di pornografia minorile	Codice penale Art. 600-ter – Pornografia minorile
---	---

La traccia d'esame

Tizio, incensurato, viene attinto da ordinanza di custodia cautelare in carcere con l'accusa di avere fatto commercio di video pedopornografici.

Nello specifico e secondo l'ipotesi di accusa Tizio avrebbe scambiato con terzi soggetti, facendo accesso al dark web, un numero rilevante di video pornografici prodotti (da terzi soggetti) impiegando minori di anni 18. Tale attività, svoltasi nel periodo agosto-ottobre 2022, sarebbe consistita nella collocazione del materiale pe-

dopornografico sulla piattaforma di messaggistica digitale denominata Telegram dalla quale lo stesso così come terzi fruitori avrebbero potuto attingere al contenuto dei vari files messi a disposizione dagli utenti del web.

L'ordinanza applicativa emessa dal G.I.P. presso il Tribunale Ordinario di Roma ha ritenuto sussistenti tutti i presupposti della fattispecie cautelare, ravvisandone in concreto i gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 c.p.p. in relazione al delitto di cui all'art. 600-ter, comma 2, c.p., tenuto conto degli esiti dell'attività investigativa svolta dal Compartimento di Polizia postale e che consentiva di accertare una intensa attività di scambio di video pedopornografici attraverso la piattaforma digitale internet e all'interno di specifici siti caratterizzati da particolari e selettivi accessi autorizzativi (c.d. darknet). Il G.I.P. ha accordato rilievo, altresì, all'esito delle operazioni di perquisizione domiciliare a carico dell'indagato, all'esito delle quali si procedeva al sequestro del p.c. in uso e intestato a Tizio, nella cui memoria interna si rinveniva una cartella contenente numerosi video pedopornografici.

Sul piano delle esigenze cautelari il G.I.P. ha ravvisato la sussistenza del pericolo di reiterazione criminosa rinvenendo nella più afflittiva delle misure cautelari coercitive il più efficace e valido presidio nei confronti di Tizio.

Nelle vesti del difensore di Tizio, individuate le questioni di diritto rilevanti nella fattispecie concreta, rediga il candidato il necessario atto difensivo nell'interesse del proprio Assistito.

Leggere la traccia: oggetto, rischi e accorgimenti

La traccia in esame non comporta la risoluzione di questioni giuridiche particolarmente complesse ma semplicemente la valorizzazione degli elementi che caratterizzano la vicenda concreta e l'esame attento degli elementi richiesti ai fini della integrazione del delitto di commercio di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter, comma 2, c.p., e dell'esatta individuazione dei confini semantici della condotta di commercio, la quale si contrappone e differenzia rispetto alle condotte sanzionate (in maniera più lieve, con tutte le evidenti ricadute anche sul piano sanzionatorio e cautelare) al comma quarto del medesimo modulo di incriminazione.

Occorrerà, quindi, comprendere se la condotta posta in essere in concreto da Tizio rientri nello stampo della ipotesi delittuosa di

commercio o in quella residuale di cessione od offerta di materiale pedopornografico disciplinata al comma quarto dell'art. 600-ter c.p.

Istituti giuridici

Il delitto di pornografia minorile

La norma incriminatrice in esame si caratterizza quale norma a più fattispecie sanzionando al suo interno (e in maniera differenziata) diverse condotte che abbiano quale oggetto materiale della condotta materiale pedo-pornografico, vale a dire, secondo quanto contenuto nella norma definitoria di cui all'ultimo comma, ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.

Il trattamento sanzionatorio risulta caratterizzato, per le dinamiche lesive ritenute veicolanti un maggior coefficiente di offensività, da una forbice edittale estremamente ampia (reclusione da sei a dodici anni e la multa da euro 24.000 a euro 240.000) e comprende le seguenti ipotesi:

- 1) chiunque utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;
- 2) chiunque recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto;
- 3) chiunque fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

La pena si riduce notevolmente (reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 2.582 a euro 51.645) per le condotte di chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto.

Nell'ipotesi di condotte consistenti nell'offrire o cedere ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico la pena accordata e della reclusione fino a tre anni congiunta alla pena pecuniaria della multa da euro 1.549 a euro 5.164. Ove il materiale risulti di ingente quantità nelle ultime due ipotesi di reato, considerato l'elevato coefficiente di offensività in concreto, la pena viene aumentata in misura non eccedere i due terzi.

Infine e salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.

Nella vicenda che ci occupa occorrerà valorizzare tutti gli elementi che caratterizzano il caso concreto e, preliminarmente, ricostruire l'esatto perimetro di operatività delle condotte di commercio di materiale pedopornografico e le condotte minori di cui ai commi successivi dell'art. 600-ter c.p.

Sul punto un recente abbrivio giurisprudenziale ha affermato che la nozione di commercio di materiale pedopornografico postula: *i*) lo svolgimento dell'attivi-

tà in maniera organizzata, ancorché non abituale di tale materiale; *ii*) l'esistenza di una struttura funzionale all'offerta e alla distribuzione di tale materiale ad un numero mutevole e non predeterminato di fruitori; *iii*) la ricorrenza di una finalità lucrativa, di natura non necessariamente patrimoniale, che può consistere anche nell'acquisizione della disponibilità di ulteriore materiale pedopornografico, procurato dai cessionari.

Orientamenti giurisprudenziali

Sentenze di riferimento

Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2022, n. 26969

La Terza sezione penale, in tema di pornografia minorile, ha affermato che la nozione di commercio di materiale pedopornografico postula: a) lo svolgimento dell'attività in maniera organizzata, ancorché non abituale; b) l'esistenza di una struttura funzionale all'offerta e alla distribuzione di tale materiale ad un numero mutevole e non predeterminato di fruitori; c) la ricorrenza di una finalità lucrativa, di natura non necessariamente patrimoniale, che può consistere anche nell'acquisizione della disponibilità di altro materiale pedopornografico, procurato dai cessionari.

Scaletta

La traccia risulta lineare e di facile soluzione, ponendosi all'attenzione del candidato l'individuazione dell'esatto perimetro semantico ed esegetico della nozione di commercio di materiale pedopornografico, rilevante ai fini della integrazione della fattispecie incriminatrice di cui al secondo comma dell'art. 600-ter c.p. (contestata all'indagato) rispetto alla ipotesi residuale disciplinata al comma quarto e che punisce la condotta di chi cede od offre materiale pornografico che utilizza minori di anni diciotto.

Una volta inquadrata giuridicamente la dinamica lesiva *sub judice* occorrerà censurare i profili motivazionali posti a sostegno della ordinanza del G.I.P. di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere nei confronti di Tizio.

Il modello di atto processuale (riesame) che si propone è quindi articolato secondo le seguenti parti:

- **Intestazione**
- **Premessa**
- **Questioni giuridiche concernenti la esatta qualificazione giuridica della fattispecie, nonché la sussistenza**

**degli elementi costitutivi della fattispecie cautelare
(gravità indiziaria ed esigenze cautelari)**

- **Richieste.**

Atto

Intestazione

**Ill.mo Tribunale Ordinario di Roma
Sezione Riesame**

**Istanza di riesame di ordinanza applicativa della mi-
sura della custodia cautelare in carcere con motivi con-
testuali ex art. 309 c.p.p.**

Il sottoscritto Avv. _____, del Foro di _____, con Studio in _____, alla Via _____, quale difensore di fiducia, giusta nomina in atti, di Tizio, nato a _____, il _____, residente in _____ alla Via _____, indagato nell'ambito del procedimento penale iscritto ai nn. _____ R.G.N.R. e _____ R.G. G.I.P. ed attualmente sottoposto alla misura cautelare coercitiva della custodia in carcere presso la Casa Circondariale di _____,

Premessa

premesso che

– in data _____ è stata eseguita la misura cautelare personale coercitiva della custodia in carcere nei confronti dell'indagato Tizio;

considerato che

– l'indagato risulta attualmente detenuto in carcere la Casa Circondariale di _____;

Tutto ciò premesso e considerato, il sottoscritto difensore propone istanza di

Riesame

ex art. 309 c.p.p. dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere n. _____, emessa il _____, dall'Ufficio del G.I.P. presso il Tribunale di Roma, depositata in Cancelleria il _____, eseguita il _____, relativo al procedimento in epigrafe per i seguenti

Enunciazione dei motivi ai sensi dell'art. 309, comma 6, c.p.p.

Motivi

Difetto dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p. in relazione al delitto di cui all'art. 600-ter, comma 2, c.p. e violazione dei disposti di cui all'art. 280 e 275, comma 3, c.p.p.

Il G.I.P. in sede ha ritenuto sussistere a carico dell'indagato Tizio gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di cui all'art. 81 cpv., art. 600-ter c.p. e tenuto conto delle ritenute esigenze cautelari, connesse al pericolo di reiterazione criminosa, ha applicato a carico del medesimo la misura cautelare della custodia in carcere.

Dalle emergenze processuali è possibile escludere un quadro indiziario predicabile in termini di gravità nei confronti dell'indagato Tizio e con riferimento alla contestazione di reato di cui all'art. 600-ter, comma 2, c.p.

E ciò in considerazione della circostanza che la condotta posta in essere dall'indagato e consistente nella trasmissione a terzi del materiale pedopornografico da lui detenuto non rientra nella nozione di commercio di esso e, dunque, nell'ambito applicativo di cui al secondo comma del modulo di incriminazione citato, ma al più nell'alveo applicativo del delitto di cessione disciplinato al quarto comma della medesima norma incriminatrice.

Ed in effetti la nozione di commercio del materiale pedopornografico e impiegata dal legislatore al comma secondo dell'art. 600-ter c.p. evoca la realizzazione di un'attività organizzata, sia pure di tipo rudimentale, avente ad oggetto la cessione, per scopi lucrativi ma non necessariamente patrimoniale, di materiale pornografico prodotto utilizzando minori di anni diciotto.

Non solo, ma ai fini dell'operatività della più grave ipotesi criminosa di cui al comma secondo dell'art. 600-ter c.p. occorre che nel caso concreto si versi al cospetto di una vera e propria attività imprenditoriale del soggetto agente, dotata di capacità diffusiva ed in grado di assicurare un'offerta del prodotto a una platea di fruitori non determinati, duratura nel tempo.

Ad ogni modo il requisito organizzativo, comportante la possibilità di una offerta rivolta al pubblico tendenzialmente stabile e con ca-

nali di distribuzione sempre alimentati, presuppone altresì una cessione di beni, a titolo oneroso o gratuito purché proteso al conseguimento di un lucro che, come detto, non deve risultare necessariamente di tipo economico. Come, infatti, più volte considerato dalla giurisprudenza di legittimità 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.

Nel caso di specie pur a fronte dell'invio nel *dark web* di numerosi *files* contenenti materiale pedopornografico, non si dà conto di una struttura organizzativa sia pure rudimentale e finalizzata alla cessione di materiale pedopornografico e ciò a prescindere dalla natura patrimonialmente rilevante o meno dell'operazione.

Non solo, ma ciò che più rileva ai fini della corretta qualificazione giuridica della fattispecie, è la circostanza che Tizio metteva a disposizione del pubblico del *dark web* il detto materiale pornografico senza perderne la disponibilità; inoltre, veniva in possesso di ulteriore e diverso materiale messo a disposizione di altri soggetti.

Con l'ovvio corollario che anche prescindendo dalla natura onerosa o gratuita delle prestazioni effettuate da Tizio nel caso di specie si versa al cospetto non già di una condotta di commercio, la quale presuppone necessariamente l'alienazione del materiale pedopornografico, né al cospetto di una permuta: se per un verso l'aver conseguito per la cessione del materiale pedopornografico una controprestazione in denaro rappresenta un dato che di per sé non costituisce un oggettivo elemento per la diagnosi differenziale fra le due fattispecie criminose; per altro verso la condotta concretamente posta in essere da Tizio e consistita nella collocazione del materiale pedopornografico sulla piattaforma di messaggistica digitale denominata *Telegram* da lui utilizzata non integra una condotta di alienazione né tanto meno di permuta, difettando della caratteristica del contestuale, o quanto meno concausale, arricchimento ed impoverimento dell'agente.

Conseguentemente, avuto riguardo alle emergenze processuali *ad acta* la nozione di commercio di cui all'art. 600 ter, comma secondo, c.p. non può trovare applicazione con riferimento alla fattispecie concreta.

Elemento caratterizzante le condotte poste in essere dall'indagato Tizio non è infatti, lo si ripete, 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. 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.

Con la conseguenza che nel caso *sub judice* il patrimonio di ciascuno dei soggetti non è in realtà uno scambio ma solo un fenomeno reciprocamente acquisitivo: si arricchisce solamente e non si depauperava affatto.

Anche sotto il descritto profilo, perciò, l'ordinanza impugnata, nell'aver ritenuto sussistenti i gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato in relazione al reato di cui all'art. 600 ter, comma secondo, c.p. deve essere annullata, rientrando la condotta posta in essere da Tizio al più entro l'ambito applicativo di cui all'art. 600-ter, comma quarto, c.p.: figura criminosa che non autorizza l'applicazione delle misure cautelari coercitive ai sensi dell'art. 280 c.p.p. in ragione dell'accordato trattamento sanzionatorio.

In ogni caso si ritiene che la misura cautelare coercitiva della custodia in carcere risulti contrastante con il principio di cui all'art. 275, comma terzo, c.p.p., tenuto conto del fatto che le esigenze cautelari ravvisate dal G.I.P. ben potrebbero essere presidiate attraverso misure meno afflittive e tenuto conto della circostanza che Tizio risulta incensurato e che, la privazione della libertà già vissuta ha certamente svolto un importante effetto deterrente, dando impulso anche ad un percorso di rivisitazione critica, laddove la protrazione di tale stato finirebbe finanche per divenire dannoso per l'indagato delinquente primario.

Alla luce di quanto precede, il sottoscritto difensore

Richieste

Chiede

che l'adito Tribunale del Riesame, ai sensi dell'art. 309 c.p.p., nell'esercizio degli ampi poteri di ricognizione riconosciutigli dalla legge e in accoglimento dei motivi sopra articolati, voglia annullare

l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale coercitiva della custodia in carcere applicata dal G.I.P. presso il Tribunale Ordinario di Roma per insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato contestato e di cui all'art. 600-ter, comma 2, c.p., nonché per violazione del disposto di cui all'art. 280 c.p.p.; conseguentemente ordinare l'immediata liberazione dell'indagato.

In subordine, voglia l'Ill.mo giudice adito riformare l'impugnata ordinanza sostituendo la misura della custodia cautelare in carcere con altra misura meno afflittiva e pur sempre in grado di presidiare le esigenze cautelari che dovessero essere ravvisate nel caso di specie, tenuto conto del disposto di cui all'art. 275, comma 3.

Con rispettosa osservanza.

Luogo e data

Avv. _____