

SENTENZA

Cassazione penale sez. III , , 02/12/2004, n. 8296

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

- | | | | |
|----------|----------|-----------|--------------------|
| 1. Dott. | Giuseppe | Savignano | Presidente |
| 2. Dott. | Franco | Mancini | Consigliere |
| 3. Dott. | Ciro | Petti | Consigliere |
| 4. Dott. | Claudia | Squassoni | Consigliere |
| 5. Dott. | Amedeo | Franco | Consigliere (est.) |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da O. R.;
avverso l'ordinanza emessa il 20 luglio 2004 dal tribunale di Catania, quale giudice del riesame;
udita nella udienza in camera di consiglio del 2 dicembre 2004 la relazione fatta dal Consigliere Amedeo Franco;
udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Vittorio Meloni, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Svolgimento del processo

Con ordinanza del 21 giugno 2004 il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Siracusa dispose la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di O. R., in relazione ai reati di cui all'art. 416 e 600 ter, terzo comma, cod. pen. per avere partecipato ad una associazione a delinquere diretta alla commissione di reati di distribuzione e divulgazione per via telematica di foto pedopornografiche.

L'indagato propone ricorso per cassazione deducendo:

a) difetto di competenza territoriale della autorità procedente. Lamenta che erroneamente l'ordinanza impugnata ha ritenuto la competenza territoriale della procura della Repubblica di Siracusa per il motivo che essa aveva effettuato per prima la iscrizione della notizia di reato e che l'associazione operava su tutto il territorio nazionale. Difatti, la competenza andava individuata con riguardo al luogo di consumazione del reato, luogo che, per il delitto di cui all'art. 600 ter, terzo comma, cod. pen. coincideva con quello di residenza dell'indagato, ossia con il luogo dal quale erano state inviate per via telematica le foto pedopornografiche. Per il delitto di associazione a delinquere, se sussistente, invece il luogo di consumazione andava individuato in quello in cui la consumazione aveva avuto inizio, ossia nel quale era stata costituita la comunità virtuale, e cioè presso l'abitazione del creatore e promotore della stessa, che corrispondeva peraltro anche al luogo nel quale era avvenuto il primo scambio di materiale attraverso il quale la associazione aveva preso forma effettiva.

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 416 cod. pen. Osserva che nella specie manca in ogni caso l'elemento soggettivo del reato di associazione per delinquere perché la attività dell'indagato di invio di materiale è circoscritta a solo due ipotesi, peraltro ravvicinate nel tempo e limitate ad un contatto con il solo promotore del gruppo. Manca perciò la prova della esistenza di un permanente vincolo associativo e della coscienza e volontà di compiere un atto di associazione. Del resto, nonostante le regole del gruppo poste dal suo fondatore e gestore, il visitatore interagiva esclusivamente con quest'ultimo e non aveva possibilità di interagire con altri visitatori.

c) violazione ed erronea applicazione dell'art. 600 ter cod. pen. Osserva che le foto da lui inviate al gruppo in questione erano state scaricate con un programma di scambio di documenti (WinMx), sicché erano già ampiamente divulgate e, quindi, mancava sia l'elemento della provalazione sia la volontà di divulgare materiale pedopornografico. D'altra parte le foto erano state inviate al solo gestore, il quale soltanto aveva il potere di divulgarle ad altri. In ogni caso anche l'invio da parte del gestore avveniva solo nei confronti del ristretto numero degli iscritti al gruppo e non nei confronti di una pluralità indeterminata di destinatari, sicché semmai sussisterebbe il reato di cessione e non quello di divulgazione.

d) mancanza di presupposti per l'emissione di misura cautelare. Osserva che la motivazione con cui è stata ritenuta la sussistenza delle esigenze cautelari è illogica e priva di fondamento perché, non avendo più egli in casa né utenza telefonica né modem né computer, non avrebbe potuto reiterare il reato e perché è del tutto irrilevante la conoscenza delle modalità attraverso le quali si può creare un gruppo di scambio di foto pedopornografiche. Inoltre, il tribunale del riesame non ha preso in considerazione gli elementi specifici e concreti relativi al singolo indagato, che nei confronti del ricorrente potevano anche far ritenere che sarebbe stata concessa la sospensione condizionale della pena.

Motivi della decisione

Ritiene il Collegio che il primo motivo sia infondato. Va preliminarmente osservato che il tribunale del riesame aveva l'obbligo di esaminare la eccezione di incompetenza territoriale perché, secondo la giurisprudenza di questa Suprema Corte, che si condivide, "rientra nelle attribuzioni del tribunale del riesame verificare anche la competenza territoriale del g.i.p. che ha emesso il provvedimento applicativo della misura cautelare, giacché la legittimità di detto provvedimento implica anche il rispetto delle norme sulla competenza. Nel caso in cui queste ultime norme risultino violate, il tribunale, dichiarata l'incompetenza, deve trasmettere gli atti al giudice competente ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen." (Sez. III, 7 settembre 1999, De Luca, m. 214.519).

Venendo al caso di specie, per quanto concerne il reato di cui all'art. 600 ter, terzo comma, cod. pen. il luogo in cui esso si è consumato coincide con il luogo nel quale è avvenuto l'invio, da parte dell'indagato, delle foto pedopornografiche al gruppo creato nell'ambito del sito della soc. M. o al gestore di esso, ossia nel luogo in cui l'indagato ha digitato il comando di invio delle foto per via internet, e cioè nella sua casa di abitazione nella quale era posto il computer con il quale l'invio è stato effettuato. È questo infatti il momento nel quale il materiale fotografico è stato immesso in rete per raggiungere i potenziali destinatari ed in cui quindi il reato si è consumato.

Nella specie, tuttavia, non può escludersi, almeno allo stato, la sussistenza anche del reato connesso di associazione per delinquere, da considerarsi reato più grave con riferimento alla ipotesi di organizzazione della associazione contestata al C., sicché è con riferimento a questo reato che deve individuarsi la competenza territoriale. A questo proposito l'ordinanza impugnata ha applicato il criterio dell'ufficio giudiziario che ha effettuato per primo la iscrizione della notizia di reato in quanto l'associazione operava su tutto il territorio nazionale.

La decisione non può, allo stato, essere censurata, ma la motivazione deve essere corretta nel senso che segue.

Infatti, "la competenza territoriale in ordine al reato di associazione per delinquere si radica nel luogo in cui ha avuto inizio la consumazione, ai sensi dell'art. 8, comma 3 del cod. proc. pen., per tale dovendosi intendere il luogo di costituzione del sodalizio criminoso a prescindere dalla localizzazione dei reati fine eventualmente realizzati" (Sez. I, 24 aprile 2001, D'Urso, m. 219.220), mentre nel caso in cui tale luogo non sia "determinabile in base agli atti processuali, è necessario fare riferimento ai criteri suppletivi di cui all'art. 9 cod. proc. pen. (Nella specie, in relazione ad un'associazione criminale operante in Italia, Svizzera e Montenegro, avente lo scopo di introdurre in Italia tabacchi lavorati esteri di contrabbando per mezzo di motoscafi che effettuavano sbarchi su tutto il litorale pugliese, nell'impossibilità di individuare il luogo indicato dall'art. 8, comma terzo, c.p.p. e quelli di cui all'art 9, nn. 1 e 2, dello stesso codice, si è ritenuto corretta l'attribuzione di competenza all'autorità giudiziaria di Bari, operata dai giudici di merito, rispetto a quella di Brindisi, essendo stata iscritta la notizia di reato per la prima volta nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. presso la Procura della Repubblica di Bari)" (Sez. VI, 16 maggio 2000, Lorizzo, in. 217.561). Alla luce del detto art. 9, invero, "ove non siano comunque percepibili neppure elementi presuntivi che valgano a radicare la competenza territoriale nel luogo in cui il sodalizio criminoso si manifesti per la prima volta all'esterno, possono utilizzarsi criteri desumibili dai reati fine, con particolare riferimento a quello della consumazione dell'ultimo reato fine, specialmente nel caso in cui detti reati siano stati tutti commessi nello stesso luogo e siano tutti dello stesso tipo" (Sez. VI, 4 ottobre 1999, Piersanti, m. 214.944).

In altri termini, secondo la giurisprudenza di questa Suprema Corte, "la competenza territoriale a conoscere di un reato associativo si radica nel luogo in cui la struttura criminosa destinata ad agire nel tempo diventa concretamente operante, a nulla rilevando il luogo di consumazione dei singoli reati oggetto del "pactum sceleris"" (Sez. II, 25 febbraio 1999, Cohan, m. 212.974; Sez. I, 10 dicembre 1997, Rasovic, m. 209.608; Sez. I, 25 novembre 1996, Chierchia, m. 206.261; Sez. I, 26 ottobre 1994, Arrighetti, m. 199.964), mentre "in difetto di elementi storicamente certi in ordine alla genesi del vincolo associativo, soccorrono criteri presuntivi, che valgono a radicare la competenza territoriale nel luogo in cui il sodalizio criminoso si manifesti per la prima volta all'esterno, ovvero in cui si concretino i primi segni della sua operatività, ragionevolmente utilizzabili come elementi sintomatici della genesi dell'associazione nello spazio" (Sez. I, 18 dicembre 1995, Dilandro, m. 203.609).

E difatti, "la costituzione di un'associazione per delinquere non si verifica nel momento in cui interviene l'accordo fra i compartecipanti, ma in quello della costituzione di un'organizzazione permanente, frutto del concerto, anch'esso a carattere permanente, di intenti e di azione fra gli associati. Solo in tale momento infatti - divenendo operante la struttura permanente e presentandosi quel pericolo della commissione dell'attività indicata dalla legge, che giustifica le singole incriminazioni - si realizza quel minimum di mantenimento della situazione antigiuridica necessaria alla sussistenza dei delitti di costituzione di associazione per delinquere, che segna il momento di perfezione e nel contempo di inizio della consumazione di essi, rilevante ai fini della determinazione della competenza per territorio, il quale deve necessariamente identificarsi con quello del luogo in cui deve essere commesso il primo dei delitti programmati" (Sez. VI, 19 giugno 1987, Achille, m. 176.812).

Quindi, solo se "difetta la prova relativa al luogo e al momento della costituzione della associazione, soccorre allora il criterio sussidiario e presuntivo del luogo del primo reato commesso o, comunque, del primo atto diretto a commettere i delitti programmati. Ove non sia possibile ancora determinare la competenza per territorio secondo le regole innanzi descritte, è decisivo allora il luogo ove fu eseguito l'arresto, emesso un mandato o decreto di citazione ovvero il luogo in cui fu compiuto il primo atto del procedimento" (Sez. I, 7 febbraio 1991, Mulas, m. 186.709).

E si è anche ritenuto che "tuttavia, qualora ci si trovi in presenza di un'organizzazione criminale composta di vari gruppi operanti su di un vasto territorio, nazionale ed estero, i cui raccordi per il conseguimento dei fini dell'associazione prescindono dal territorio, né sono collegati allo stesso per la realizzazione dei suddetti fini, la competenza per territorio a conoscere del reato associativo non può essere individuata sulla base di elementi i quali, pur essendo rilevanti ai fini probatori per l'accertamento della responsabilità degli imputati, non sono particolarmente significativi ai fini della determinazione della competenza territoriale, essendo in contrasto con altri elementi ben più significativi i quali lasciano desumere che il luogo di programmazione e di ideazione dell'attività riferibile all'associazione non possa essere individuato con certezza (Fattispecie relativa a una grossa organizzazione, operante a livello internazionale nel traffico delle armi e di sostanze stupefacenti, i cui capi si incontravano, di volta in volta, in Spagna, in Italia, in Svizzera e in Marocco per mettere a punto le strategie criminali, senza che potesse dirsi prevalente l'una o l'altra località come luogo centrale delle attività di associazione. In relazione a tale fattispecie, la S. C., ha ritenuto che occorresse far riferimento alla regola suppletiva dettata dall'art. 9, comma primo, cod. proc. pen.)" (Sez. I, 25 novembre 1996, Chierchia, m. 206.261).

Ritiene nella specie il Collegio che, al di là della stringata motivazione, il tribunale del riesame abbia in realtà voluto affermare proprio questo, e cioè che - allo stato degli atti - non era ancora possibile, in questa fase cautelare, individuare con certezza il luogo in cui si era costituita, con una organizzazione di carattere permanente, la associazione per delinquere (non potendosi senz'altro identificare tale luogo con quello in cui il C. aveva inviato in rete il programma - regolamento del gruppo di scambio di foto pedopornografiche) o il luogo di programmazione e di ideazione dell'attività riferibile all'associazione o il luogo del primo reato commesso o del primo atto diretto a commettere i reati programmati, e che di conseguenza andava applicato il criterio sussidiario di cui al terzo comma dell'art. 9 cod. proc. pen.. D'altra parte, effettivamente al momento non emerge con certezza dagli atti quale sia stato il luogo di costituzione della associazione o quello del primo atto diretto a compiere i reati programmati o del primo reato commesso e neppure quello di consumazione dell'ultimo reato fine. Ritiene pertanto il Collegio che, allo stato, non possa accogliersi il motivo relativo alla incompetenza territoriale della autorità giudiziaria di Siracusa, fermo restando che, non appena le indagini faranno acquisire elementi tali da far individuare con certezza un diverso luogo di costituzione della associazione a delinquere o un diverso criterio applicabile in via suppletiva per determinare la competenza territoriale, la detta autorità avrà l'obbligo di dichiararsi incompetente e di trasmettere gli atti al giudice competente ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen.

Il secondo motivo è infondato. Il tribunale del riesame ha infatti ritenuto, con una congrua, specifica ed adeguata motivazione, che vi fossero sufficienti indizi sulla sussistenza sia dello elemento oggettivo sia di quello soggettivo del delitto di associazione per delinquere osservando, quanto all'elemento oggettivo, che era stata creata una comunità virtuale, regolata dalle disposizioni dettate dal promotore e gestore C. e quindi dotata di una stabile organizzazione, diretta allo scambio ed alla divulgazione tra tutti i possibili attuali e futuri aderenti di foto pedopornografiche di bambini di età inferiore ai dodici anni e, quanto allo elemento soggettivo, che tutti gli aderenti erano stati resi edotti dello scopo e delle finalità del gruppo di scambio, che la partecipazione al gruppo era ammessa solo dopo l'esplicita accettazione di tali scopo e finalità nonché dell'impegno di inviare con una certa frequenza foto pedopornografiche, che la permanenza nel gruppo era condizionata dall'invio effettivo di dette foto, e che del resto la fitta rete di regole imposte non consentiva una visita occasionale, per mera curiosità, ma richiedeva la consapevolezza piena del contenuto e dello scopo del gruppo e l'accettazione delle finalità perseguite dalla comunità di cui si entrava a far parte. Il tribunale del riesame ha poi anche messo in rilievo che era stato accertato che tutti gli aderenti al gruppo avevano effettivamente compiuto più operazioni di scambio di materiale pedopornografico e non si erano mai limitati ad una singola sporadica visita, e che in particolare l'attuale ricorrente era sicuramente entrato a far parte del gruppo del tutto consapevolmente avendo inteso parteciparvi mediante l'invio anche da parte sua di foto pedopornografiche da divulgare agli altri aderenti. Il fatto, quindi, che lo scambio di foto fosse tecnicamente avvenuto mediante l'invio delle stesse al gestore del gruppo non esclude che la finalità in concreto perseguita fosse quella della divulgazione delle foto a tutti i potenziali ed indeterminati aderenti al gruppo stesso, presenti e futuri, e pertanto non esclude di per sé la possibilità di sussistenza del dolo del delitto di associazione, così come il fatto che l'O. avesse inviato il materiale pedopornografico solo in due occasioni non è di per sé sufficiente ad escludere - allo stato ed in questa fase cautelare - la presenza di sufficienti indizi sulla sussistenza dello elemento soggettivo del delitto associativo.

È infondato anche il terzo motivo. Invero, la circostanza che il ricorrente avesse acquisito in rete le foto in questione attraverso un programma c.d. "P2P" di scambio di documenti (WinMx) non esclude che la successiva diffusione di tali foto ad altri soggetti costituisca a sua volta propalazione e divulgazione di foto pedopornografiche e sia quindi configurabile il reato di cui all'art. 600 ter, terzo comma, cod. pen., e non solo quelli di detenzione o di cessione di foto pedopornografiche, così come il fatto che poi le foto fossero tecnicamente inviate al solo C. che poi però le avrebbe dovute mettere a disposizione di tutti i potenziali aderenti al gruppo non implica necessariamente che sia configurabile il solo delitto di cessione di dette foto e non invece quello ipotizzato di divulgazione delle stesse. D'altra parte, la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha escluso la sussistenza del reato in esame solo quando l'invio delle foto pedopornografiche viene fatto ad una o poche persone ben determinate e singolarmente considerate, mentre nella specie il tribunale del riesame, con un apprezzamento di fatto adeguatamente e congruamente motivato, e quindi non censurabile in questa sede, ha accertato che le foto erano divulgate a tutti i possibili aderenti al gruppo, sia presenti sia futuri, e quindi ad una serie non definita e non determinata di soggetti, sicché esattamente è stato ritenuto configurabile il reato in questione.

Ritiene il Collegio che sia altresì infondato il quarto motivo, anche se effettivamente appare poco congrua, e va quindi corretta e precisata l'affermazione della ordinanza impugnata secondo cui il concreto pericolo di reiterazione di reati della stessa specie deriverebbe dal fatto che l'indagato era ormai "ben edotto circa le modalità con cui può attivarsi un sito pedopornografico", circostanza questa irrilevante ai fini delle esigenze cautelari sia perché nella specie non è mai stato ipotizzato che fosse stato creato dagli indagati un qualche "sito" pedopornografico, sia perché le modalità di creazione di un gruppo (normalmente lecito) per lo scambio di discussioni o di materiali di un certo tipo sono immediatamente note a chiunque voglia accedere ad uno qualsiasi di tali gruppi, come quello nella specie aperto dal C. nello spazio messo a disposizione di qualsiasi utente da parte della soc. M., sia perché al ricorrente non è stata contestata la ipotesi della attivazione e della creazione del gruppo incriminato. Deve tuttavia ritenersi che la motivazione della ordinanza impugnata in ordine alla sussistenza di concrete esigenze cautelari sia ugualmente congrua ed adeguata, perché il tribunale del riesame ha in realtà messo in evidenza che, in considerazione delle particolari modalità con le quali avveniva lo scambio di foto pedopornografiche e della circostanza che la associazione operava in concreto nelle abitazioni dei correi, il semplice fatto che l'indagato avesse disdetto l'utenza telefonica e si fosse disfatto del computer non impediva in modo assoluto ogni possibile reiterazione di delitti della stessa specie, essendo del resto evidente la facilità con cui si sarebbe potuto effettuare un nuovo collegamento ad internet, eventualmente anche mediante un semplice telefono cellulare. Tale circostanza, unitamente alle modalità di divulgazione delle foto pedopornografiche attraverso la adesione ad una associazione appositamente costituita per tale finalità, valeva del resto a dimostrare anche la sussistenza di un concreto pericolo di reiterazione di reati della stessa specie.

A parere del Collegio è anche congrua ed adeguata la motivazione con la quale il tribunale del riesame ha escluso che - allo stato - potesse ragionevolmente prevedersi che sarebbe stata concessa la sospensione condizionale della

pena, e ciò in considerazione della estrema gravità dei reati ipotizzati, salvo ovviamente una diversa valutazione sul punto qualora fossero acquisiti nuovi elementi relativi alla personalità dei singoli compartecipi.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Suprema di Cassazione, il 2 dicembre 2004.

Depositata in cancelleria il 3 marzo 2005.

Fonti Normative

codice penale, art. 416

codice penale, art. 600

codice di procedura penale, art. 8

codice penale, art. 600-ter

codice di procedura penale, art. 9