



REPUBBLICA ITALIANA
 In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
 TERZA SEZIONE PENALE

17803-20

del

Composta da:

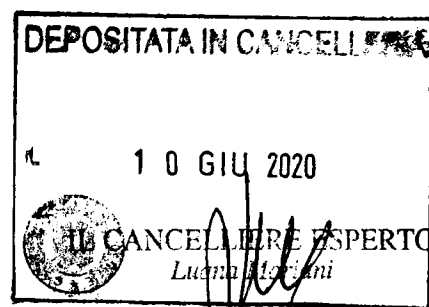
FAUSTO IZZO - Presidente -
 ANGELO MATTEO SOCCI - Relatore -
 ANTONELLA DI STASI
 LUCA SEMERARO
 ALESSANDRO MARIA ANDRONIO

Sent. n. sez. *2902*
 UP - 26/11/2019
 R.G.N. 32867/2019

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
 (omissis) nato a (omissis)



avverso la sentenza del 14/12/2018 della CORTE APPELLO di MESSINA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere ANGELO MATTEO SOCCI;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore PASQUALE FIMIANI che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della sentenza;

Il difensore delle parti civili, Avv. (omissis), deposita conclusioni scritte alle quali si riporta e nota spese delle quali chiede la liquidazione. Dichiara l'ammissione a gratuito patrocinio.

Il difensore dell'imputato, Avv. (omissis), chiede l'accoglimento del ricorso.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere la generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 d.lgs. 197/2003 in quanto:
 disposto d'ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Messina con sentenza del 14 dicembre 2018, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Messina del 16 febbraio 2017, ha assolto (omissis) dal reato di cui agli art. 81, 609 quater e 609 septies cod. pen. – capo A - perché il fatto non sussiste e rideterminata la pena per la residua imputazione – capo B - in anni 8 e mesi 2 di reclusione (art. 81, 600 ter e 600 sexies, comma 1, cod. pen. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, commesse anche in tempi diversi, riprendendo i minori (omissis) , (omissis) e (omissis) nell'atto di compiere atti sessuali tra loro e con (omissis) , realizzava materiale pornografico. Con l'aggravante di aver commesso il fatto in danno di minore degli anni 14. Commesso fino a novembre 2010).

2. L'imputato ha proposto ricorso in cassazione per i motivi di seguito enunciati, nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art 173, comma 1, disp. att., cod. proc. pen.

2. 1. Violazione di legge (art. 238, comma 2 bis, cod. proc. pen.) per l'utilizzazione contro l'imputato delle dichiarazioni rese in altro processo penale nel quale non partecipava il difensore dell'odierno imputato.

Nel procedimento principale in esito all'annullamento della decisione della Corte di appello di Messina da parte della Cassazione con la sentenza n. 2653 del 16 maggio 2017 erano riascoltati i minori (omissis) (omissis) e (omissis) . All'audizione non partecipava il difensore del ricorrente non essendo egli parte del processo.

Senza un formale provvedimento di acquisizione delle dichiarazioni in oggetto le stesse sono state ampiamente valutate dalla Corte di appello, anzi la condanna si basa esclusivamente su dette dichiarazioni che ai sensi dell'art. 238, comma 2 bis, cod. proc. pen. sono

da ritenersi inutilizzabili per l'assenza del difensore al momento delle dichiarazioni, in altro procedimento penale.

Le dichiarazioni in oggetto comunque sono in parte favorevoli all'imputato (da ciò l'assoluzione per il capo A) poiché i minori escludevano categoricamente la consumazione di rapporti sessuali con il ricorrente.

2. 2. Mancanza e manifesta illogicità della motivazione relativamente all'affermazione della responsabilità, con travisamento delle prove.

La Corte di appello valuta esclusivamente le dichiarazioni dei minori alla Corte di appello in altro processo, di cui si è eccepita l'inutilizzabilità. L'attendibilità delle dichiarazioni è posta in serio dubbio dalle precedenti dichiarazioni dei minori che avevano falsamente dichiarato di aver avuto rapporti sessuali con il ricorrente per poi smentirli categoricamente. La Corte di appello, però, illogicamente ritiene costanti le dichiarazioni dei minori e, quindi, attendibili. Inoltre, la sentenza ritiene minuziose e dettagliate le dichiarazioni, ma manca qualsiasi indicazione da parte dei minori degli strumenti utilizzati per la realizzazione dei filmini e sui soggetti ripresi dagli eventuali filmati.

L'attendibilità dei minori andrebbe meglio valutata in relazione soprattutto alle prime dichiarazioni non inquinate. La Corte di appello omette di citare le contrastanti dichiarazioni di (omissis) e le diverse dichiarazioni dei due minori persone offese, sostenendo la reiterazione delle accuse nei confronti dell'imputato in palese contrasto con le risultanze dibattimentali.

La Corte di appello omette comunque di valutare prove rilevanti e determinanti: verbale di dichiarazioni testimoniali del 3 settembre 2011 nel quale (omissis) non attribuisce al ricorrente alcun ruolo, sia nelle violenze e sia nel filmare i rapporti sessuali; relazione della dott.ssa (omissis), acquisita in udienza, dalla quale emergeva che, dalle dichiarazioni dei due minori, il ricorrente (definito (omissis)) non aveva fatto niente né sesso e neanche filmini ("registro"); dichiarazioni della dott.ssa (omissis) in Corte di appello il 9 novembre 2018 dalle quali



Angelo Mattioli

emergeva che la minore (omissis) non presentava segni di violenze sessuali; denuncia per il reato di falsa testimonianza nei confronti di (omissis) e (omissis), da parte del ricorrente.

2. 3. Totale assenza della motivazione relativamente alla richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello. La sentenza di appello avendo ricostruito il fatto in maniera difforme dalla decisione di primo grado avrebbe dovuto motivare in maniera rafforzata, invece manca qualsiasi motivazione sulla richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale formulata con il terzo motivo dell'atto di appello. Non si comprende neanche se la Corte abbia acquisito o no le S.I.T. allegate all'atto di appello sulle quali c'era stato il consenso delle parti all'acquisizione. La richiesta di rinnovazione assumeva un particolare aspetto proprio per l'acquisizione delle dichiarazioni dei minori rese in altro processo e sulle quali si è fondata la condanna per il capo B dell'imputazione.

2. 4. Contraddittorietà della motivazione.

La sentenza afferma che sussiste la prova evidente della violenza sessuale da parte dell'imputato, ma contraddittoriamente assolve lo stesso dal reato, perché il fatto non sussiste.

Contraddittoriamente la sentenza richiama tutta la motivazione del primo grado ma poi ricostruisce il fatto in maniera diversa con l'assoluzione per il capo A.

2. 5. Violazione di legge (art. 600 ter, cod. pen.).

Elemento centrale del reato è l'esistenza oggettiva di materiale pedopornografico. Nel caso in giudizio non è stato rinvenuto alcun materiale pedopornografico. I due minori non sono stati in grado di riferire con quale strumento erano effettuati i pretesi filmati, e neanche il contenuto degli stessi. Casomai i fatti andrebbero qualificati nel sesto comma dell'art. 600 ter cod. pen. con relativa prescrizione del reato.

2. 6. Mancanza, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, con travisamento della prova (verbale di perquisizione e sequestro).

La Corte di appello avrebbe dovuto spiegare in base a quali elementi poteva ritenersi raggiunta la prova sulla sussistenza della condotta addebitata al ricorrente. I due minori sono stati imprecisi sulla sussistenza di filmati, anche relativamente alla strumentazione usata e al loro contenuto. Manca qualsiasi prova oggettiva della reale sussistenza di filmini pedopornografici. I soggetti erano minori all'epoca dei fatti e, quindi, avrebbero potuto equivocare sulla funzione dell'imputato al momento dei fatti, egli poteva usare un telefonino non per registrare filmati.

Inoltre, le eventuali riprese potrebbero essere solo di maggiorenni.

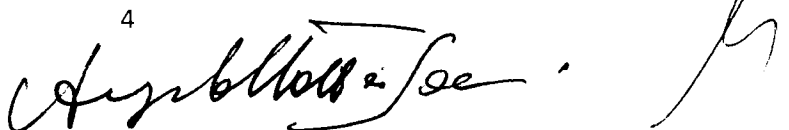
L'imputato è stato perquisito, il 24 marzo 2011, e nessun elemento di prova nei suoi supporti informatici (un P.C. portatile, due telefonini, una macchina fotografica e diversi CD) è stato rinvenuto.

Tale dato della perquisizione risulta oggettivamente inconciliabile con la valutazione della Corte di appello dell'esistenza di filmini pedopornografici. Il ragionamento della Corte di appello per l'esito della perquisizione, negativo, risulta totalmente illogico.

2. 7. Contraddittorietà della motivazione, con travisamento della prova.

La Corte di appello travisando le prove ha ritenuto responsabile il ricorrente per il capo B dell'imputazione. La foto n. 7 dell'imputato, dell'album fotografico mostrato alla minore (omissis), non è stata riconosciuta. La minore nell'audizione davanti alla Corte di appello, citata, riconosceva, invece, quale autore delle registrazioni dei filmati il soggetto della foto n. 4. Tutto questo si pone in radicale contrasto con la sicurezza della prova (del riconoscimento del ricorrente) ritenuta dalla sentenza impugnata. Anche (omissis) nel verbale di dichiarazioni testimoniali del 3 settembre 2011 pur riconoscendo il ricorrente non attribuiva allo stesso nessun ruolo nelle violenze sessuali e nei filmati.

La Corte di appello avrebbe dovuto meglio valutare le incertezze sui riconoscimenti fotografici come anche affermato nella sentenza della

4


Cassazione che ha annullato la sentenza della Corte di appello di Messina nel procedimento principale di cui alle violenze sessuali contro i due minori (Cassazione n. 2653/2016). Infatti, solo (omissis) riconosceva l'imputato, ma in ben due dichiarazioni precedenti aveva escluso che questi effettuasse delle riprese video. Il semplice riconoscimento in dibattimento non è da solo idoneo ad affermare la responsabilità in presenza di diverse dichiarazioni precedenti.

Inoltre, alcuni genitori avevano dichiarato che il fantomatico (omissis) (responsabile delle video riprese) era possessore di una Jeep gialla e il ricorrente mai ha avuto l'uso di una tale vettura.

2. 8. Violazione di legge (art. 600 ter e 2 cod. pen.) nella parte in cui erroneamente la Corte di appello ha ritenuto che per i fatti commessi prima del 2012 si configura il reato anche senza l'accertamento di un pericolo di diffusione.

La Corte di appello richiama acriticamente la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 51815/2018) e ritiene che non sia necessario accertare il pericolo di diffusione del materiale pedopornografico per la configurabilità del reato.

La sentenza impugnata non si confronta con le problematiche connesse all'applicabilità della norma (come interpretata dalle Sezioni Unite della Cassazione), ai fatti commessi sino al novembre 2010. La questione è diversa dal c.d. *overruling in malam partem* (che potrebbe venire in rilievo per le condotte commesse dopo l'entrata in vigore della legge 172 del 2012). Anche se nella decisione delle Sezioni Unite c'è il riferimento alle modifiche del 2006 (legge 6 febbraio 2006 n. 38) il principio di diritto (emergente dalla lettura della motivazione) riguarda la nuova fattispecie come risultante dalle modifiche del 2012, con la legge N. 172.

E' evidente, quindi, la violazione dell'art. 2, cod. pen. per l'erronea applicazione dell'art. 600 ter cod. pen. nella formulazione attuale invece che in quella vigente all'epoca dei fatti. La sentenza per l'accoglimento di questo motivo potrebbe annullarsi senza rinvio in

quanto la stessa decisione di merito esclude il pericolo della diffusione del materiale pedopornografico.

2. 9. Mancanza della motivazione sul trattamento sanzionatorio.

La Corte di appello nel quantificare la pena ha eliminato solo l'aumento per la continuazione per il capo A, senza rideterminare la pena base. Invero tenuto conto della rivisitazione della vicenda la pena andava irrogata nel minimo edittale.

2. 10. Violazione di legge (art. 62 bis cod. pen.) e mancanza della motivazione.

L'assoluzione dell'imputato per il capo A avrebbe dovuto indurre la Corte di appello a rivalutare il giudizio sulla gravità dei fatti. La sentenza usa mere formule di stile che non possono considerarsi motivazione adeguata.

2. 11. Con successiva memoria l'imputato ha ribadito l'insussistenza oggettiva del reato di cui all'art. 600 ter, cod. pen. e, comunque, il vizio della motivazione della sentenza impugnata, in merito alla valutazione delle prove; inoltre, l'identificazione del ricorrente risultava dubbia, dalle stesse contraddittorie dichiarazioni dei due minori.

Ha chiesto pertanto l'annullamento della decisione impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso risulta fondato relativamente alla motivazione sulla sussistenza dell'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 600 ter, comma 1, cod. pen.

Al ricorrente è contestato di aver ripreso i minori (realizzazione di materiale pornografico) nell'atto di compiere atti sessuali tra loro e con (omissis) . Per i reati di cui al capo A (art. 81, 609 quater e 609 septies cod. pen.) il ricorrente è stato assolto perché il fatto non sussiste.

3. 1. Il concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico, eventualmente detenuto e prodotto dal ricorrente non risulta rilevante. Sul punto le Sezioni Unite di questa Corte, ultimamente, hanno affermato che per la configurabilità del reato di cui all'art. 600 ter, comma 1, cod. pen. non è necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico: "Ai fini dell'integrazione del reato di produzione di materiale pedopornografico, di cui all'art. 600-ter, comma 1, cod. pen., non è richiesto l'accertamento del concreto pericolo di diffusione di detto materiale" (Sez. U, n. 51815 del 31/05/2018 - dep. 15/11/2018, M, Rv. 27408701)

L'accertamento del pericolo di diffusione sicuramente è condizione in *favor rei*, e quindi bisogna valutare se il mutamento di giurisprudenza sia applicabile, o no, anche alle condotte precedenti (art. 2, cod. pen. e 7, CEDU).

L'art. 7 della CEDU - così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa. (Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013 - dep. 29/08/2013, Agrama e altri, Rv. 25658401; vedi anche Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016 - dep. 24/05/2016, P.G., P.C. e altro in proc. Tronchetti Provera, Rv. 26716401, e Sez. 5, n. 42996 del 14/09/2016 - dep. 12/10/2016, P.M., P.C. in proc. Ciancio Sanfilippo, Rv. 26820301).

Tuttavia, nel caso in giudizio la stessa decisione delle Sezioni Unite citata (n. 51815 del 31/05/2018 - dep. 15/11/2018, M, Rv. 27408701) esclude la sussistenza di *overruling* ("Fatta questa premessa, deve rilevarsi che, in riferimento alla questione qui in esame, il problema dell'*overruling in malam partem* non viene comunque in rilievo, essendo ormai generalizzato - come visto - il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e

tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale”).

Non risulta, pertanto, rilevante, nel nostro caso, l'accertamento del concreto pericolo di diffusione di detto materiale.

Lo stesso ricorrente, del resto, non prospetta la questione dell'*overruling*, ma altra questione.

4. La questione assorbente e preliminare che viene in rilievo nel caso in giudizio è la sussistenza o no della stessa produzione di materiale pornografico, questione evidentemente preliminare e assorbente su tutti gli altri motivi di ricorso. Sul punto le due sentenze di merito non forniscono adeguata risposta alle critiche specifiche della difesa del ricorrente.

Nella sentenza impugnata si ritiene elemento certo la realizzazione di filmini e foto da parte del ricorrente dei minori nell'atto di compiere atti sessuali. Tuttavia, dalle stesse dichiarazioni dei minori, riportate nelle sentenze di merito, emerge come non è chiaro che tipo di riprese fossero effettuate, con quale strumento di ripresa e in quali momenti delle vicende sessuali in accertamento.

Invero, "In tema di pornografia minorile, la definizione introdotta nell'art. 600-ter cod. pen. dall'art. 4, comma primo lett. h) della legge n. 172 del 1.10.2012 (ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007) si caratterizza per il suo maggior rigore rispetto a quella precedente (desunta dalla legge n. 46 dell'11.3.2002 di ratifica del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia stipulato a New York il 6.9.2000), in quanto si contenta della rappresentazione "per scopi sessuali" degli organi genitali del minore e non esige più l'esibizione lasciva degli stessi. Pertanto, essa non può trovare applicazione nelle fattispecie realizzatesi prima dell'entrata in vigore della legge n. 172 del 2012" (Sez. 3, n. 3110 del 20/11/2013 - dep. 23/01/2014, C, Rv. 25931701; vedi anche Sez. 5, n. 33862 del 08/06/2018 - dep. 19/07/2018, R, Rv. 27389701).

I fatti del presente giudizio sono anteriori alla modifica normativa, commessi fino a novembre 2010.

5. Risulta, pertanto, essenziale un accertamento concreto ed in fatto (non effettuato dalla sentenza impugnata) sulla strumentazione utilizzata per la realizzazione dei filmati e delle foto e sui momenti di effettiva ripresa dei minori, che non può restare nel vago, essendo l'elemento oggettivo del reato in relazione alla normativa applicabile al tempo dei commessi reati. Ciò in relazione alle dichiarazioni dei minori sulla partecipazione del ricorrente ai reati di cui al capo A (dai quali l'imputato è stato assolto perché il fatto non sussiste) e alle stesse dichiarazioni contrastanti sulla partecipazione del ricorrente alla realizzazione dei filmati. Inoltre, si deve anche rilevare che nessun filmato o foto risultano rinvenuti (anche dalle perquisizioni e dai sequestri di strumentazione all'imputato).

La sentenza deve pertanto annullarsi con rinvio per nuovo esame alla Corte di appello di Reggio Calabria.

P.Q.M.

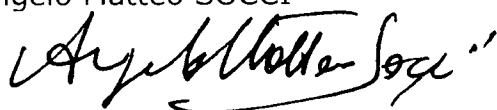
Annulla la sentenza impugnata, in relazione alla conferma della condanna per il delitto di cui al capo B (art. 600 ter cod. pen.) con rinvio per nuovo esame alla Corte di appello di Reggio Calabria, cui rimette anche la regolamentazione delle spese tra le parti di questo giudizio di legittimità.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati significativi, a norma dell'art. 52 del d. lgs. 196/03 in quanto imposto dalla legge.

Così deciso il 26/11/2019

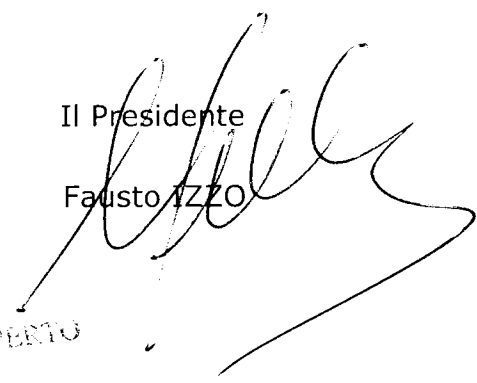
Il Consigliere estensore

Angelo Matteo SOCCI



Il Presidente

Fausto IZZO



9
IL CANCELLIERE ESPERTO
[Signature]