CORTE COSTITUZIONALE
24 NOVEMBRE 1988 N. 1063
PRESIDENTE: CONSO
REDATTORE: GALLO

Art. 528 cod. pen. • Detenzione allo scopo di farne commercio di videocassette a contenuto osceno • Responsabilità penale dei rivenditori e noleggiatori • Esimente prevista per edicolanti e librai • Applicazione analogica • Esclusione • Questione di legittimità costituzionale • Infondatezza.

In relazione alla situazione dei rivenditori e noleggiatori di videocassette a contenuto osceno, premesso che il divieto di cui all'art. 21, comma 2, della Costituzione concerne la censura come istituto tipico del diritto pubblico, e che non ha fondamento l'impugnazione dell'art. 528 cod. pen., la questione di legittimità costituzionale dell'esimente prevista per gli edicolanti e i librai detentori per la vendita di pubblicazioni oscene dalla legge n. 335/1975, art. unico, comma 1 e 2, in riferimento all'art. 3 della Costituzione deve ritenersi infondata, poiché non vi è identità tra le due situazioni e trattasi di causa di non punibilità, della quale data l'eccezionalità non è consentita applicazione analogica.

(*Omissis*).

1. Con ordinanza 11 novembre 1987, il Pretore di Trieste sollevava parziale questione di legittimità costituzionale dell'art. 528 cod. pen. e dell'articolo unico della legge 17 luglio 1975, n. 355, con riferimento agli artt. 3 e 21 della Costituzione.

Riferiva il Pretore che, nel corso di un procedimento penale, era rimasto accertato che alcuni rivenditori e noleggiatori di cassette audiovisive detenevano, per la vendita ed il noleggio, anche cassette a contenuto manifestamente osceno, come gli stessi imputati avevano riconosciuto senza escludere la loro conoscenza di quel contenuto.

Sollecitato, però, dalla difesa, il Pretore riteneva che la detta ipotesi fosse perfettamente corrispondente a quella degli edicolanti e dei librai detentori per la vendita di pubblicazioni oscene, che la citata legge n. 355 del 1975 aveva esentato da pena. Pareva, però, altresì al Pretore che la detta previsione non potesse analogicamente applicarsi a quella in esame, in guisa che l'esclusione da quell'esenzione dei venditori di videocassette pornografiche gli sembrava incompatibile con i principi di cui ai parametri indicati.

Soggiungeva, anzi, l'ordinanza che se, a suo tempo, questi ultimi venditori non furono contemplati dalla legge n. 355 del 1975, doveva ascriversi soltanto alla circostanza che in quell'epoca le videocassette avevano in Italia scarsa o veruna diffusione.

2. Si è costituita in giudizio l'Avvocatura Generale dello Stato, in rappresen-

tanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha chiesto dichiarazione di infondatezza della sollevata questione.

L'Avvocatura Generale si è riferita alla sentenza di questa Corte n. 93 del 1972, con la quale si è escluso, in riferimento agli edicolanti, che l'art. 528 cod. pen. dettasse disposizioni incompatibili con l'art. 21 della Costituzione: poco rilevando che poi il legislatore abbia ritenuto di esentarli da pena per mere ragioni di opportunità.

D'altra parte, nemmeno l'art. 3 della Costituzione risulterebbe in alcun modo violato dato che si tratterebbe di situazioni diverse, riguardo alle quali — ad avviso dell'Avvocatura — non sono incompatibili discipline diverse.

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. L'ordinanza definisce contraddittoriamente la situazione contemplata dalla legge n. 93 del 1972 talvolta « causa di giustificazione » e talaltra « causa di non punibilità ». Sarà bene, perciò, precisare subito, per gli effetti diversi che ne possono derivare, anche sul piano interpretativo, che le cause di giustificazione operano all'interno del reato, escludendone l'antigiuridicità, talché la punibilità non sorge perché è il fatto stesso a non rappresentare un illecito penale. Al contrario, le cosidette « circostanze di esclusione della pena » operano all'esterno, nell'ambito delle conseguenze giuridiche del reato e non in quello degli elementi costitutivi, sicché l'illecito penale resta idealmente fermo anche se la sua punibilità viene esclusa dal legislatore per soli motivi di opportunità.

È vero che il codice, in una prospettiva empirica, non caratterizza le due categorie, limitandosi a sottolineare per entrambe il tratto comune della « non punibilità », ma è pure vero che da tempo ormai dottrina e giurisprudenza le hanno ben identificate, precisando la ben diversa loro natura e gli effetti diversi che ne possono derivare.

Proprio uno di tali effetti diversi ha indotto il Pretore a sollevare la questione di legittimità costituzionale, nell'opinione che della situazione prevista non sia consentita applicazione analogica. Poiché, però, le cause di giustificazione la consentono sicuramente, trattandosi di applicazione *in bonam partem*, deve ritenersi che, in definitiva, il Pretore stesso, nonostante le incertezze terminologiche, propenda in realtà per ritenere esattamente che si tratti di mera causa di non punibilità. Ma la *ratio* che l'ordinanza pone a fondamento della statuita non punibilità non può essere condivisa.

2. Afferma il Pretore che — come risulterebbe anche dai lavori del Senato — si sarebbe voluto evitare di imporre ai rivenditori « ...l'esercizio di un'inammissibile attività censoria preventiva, vietata espressamente dall'art. 21 della Costituzione ». Si tratterebbe, perciò, ad avviso del Pretore, di un « interesse... di rango costituzionale alla eliminazione di ogni profilo preventivo alla libera comunicazione del pensiero ».

Dal che egli trae la facile conseguenza che identica tutela deve trovare tale interesse nell'ipotesi per la quale egli solleva la questione.

Senonché, se è vero che, durante i lavori preparatori, qualche parlamentare ha effettivamente accennato a tale possibile *ratio*, nel contesto di sequenze argomentative dirette a porre in luce l'impossibilità da parte degli edicolanti ad esaminare quotidianamente tutto ciò che, per contratto nazionale, sono obbligati a ricevere dai distributori, è vero anche che la tesi è stata da altri contestata. Si è, infatti, con maggiore esattezza rilevato che l'obbligo giuridico che incombe sull'edicolante non è diverso da quello di ogni altro cittadino: l'obbedienza alla legge penale, vale a dire a quell'art. 528 cod. pen. che oggi assume valenza esecutiva del dovere costituzionale contenuto nell'ultima parte dell'art. 21 della Costituzione.

Il che, lungi dal rappresentare una pretesa censura preventiva privata, riguarda la personale responsabilità penale di chi, detenendo per vendere, distribuire od esporre scritti, disegni, immagini, od altri oggetti, ha l'obbligo giuridico di assicurarsi che non abbiano carattere di oscenità, se non vuole incorrere nelle sanzioni comminate dall'art. 528 cod. pen.

Evidentemente il legislatore, proprio in considerazione della gran mole di pubblicazioni che edicolanti e librai ricevono quotidianamente o periodicamente o frequentemente, ha ritenuto, in via eccezionale, di esimerli da pena se dovesse loro sfuggire il carattere osceno

di qualche stampato. Ma si tratta appunto di una disposizione di mera opportunità, che cessa di essere applicabile, lasciando il campo all'operatività del generale imperativo contenuto nell'art. 528 cod. pen., ogniqualvolta più non si verifichi la situazione di eccezionalità, come dimostra il comma 3 dell'articolo unico della legge impugnata.

Chi, infatti, deliberatamente espone al pubblico una specifica parte di una pubblicazione, non può non averla contemplata, e perciò non può non essere consapevole della sua palese oscenità: così come, vendendo una pubblicazione ad un infrasedicenne, non può non rispondere del particolare obbligo che gl'incombe di esaminare la pubblicazione stessa prima di affidarla alle mani del minore.

Del resto, questa Corte aveva già espressamente escluso la tesi del censore privato come *ratio* della legge, perché non avrebbe senso, in quanto « il divieto di cui all'art. 21, comma 2, della Costituzione concerne la censura come istituto tipico del diritto pubblico » (sent. 10 maggio 1972, n. 93; ma confronta anche le sentenze nn. 31 e 115 del 1952, n. 44 del 1960 e 159 del 1970).

3. Il problema che la Corte è chiamata a risolvere non riguarda, perciò, il confronto con l'art. 21 della Costituzione che, per le ragioni enunciate, non può venire in causa; così come non ha fondamento l'impugnazione dell'art. 528 cod. pen. che — come si è rilevato — va immune da censura, in quanto conforme all'imperativo rivolto dalla Costituzione al legislatore nell'art. 21 u.p. della Costituzione.

Il controllo della Corte va, perciò, limitato alla conformità della impugnata legge n. 355 del 1975, articolo unico, commi 1 e 2, all'art. 3 della Costituzione, in relazione alla situazione dei rivenditori e noleggiatori di videocassette a contenuto osceno, ritenuta dal Pretore identica a quella che la legge impugnata contempla, almeno relativamente ai librai: identica al punto che — secondo l'ordinanza — se l'equiparazione non è già nella legge, ciò dipenderebbe esclusivamente dal fatto che in quell'epoca il commercio delle videocassette era pressoché inesistente.

Senonché, deve dirsi intanto che non sembra sussistere identità fra le due situazioni.

Mentre, infatti, il titolo della pubblicazione periodica, o non periodica, raramente è indicativo del suo contenuto, la videocassetta, proprio perché questo non può essere riconosciuto se non inserendola nell'apparecchio riproduttore, lo enuncia piuttosto chiaramente nell'intitolazione al fine di rendersi appetibile agli amatori. Inoltre, la videocassetta pornografica viene segnalata come tale da editori e fornitori, e come tale acquistata dai rivenditori, in grazia della sua notevole forza di attrazione commerciale per un certo pubblico: il caso stesso sottoposto all'esame del pretore lo conferma attraverso la riconosciuta consapevolezza dei rivenditori.

Ma, indipendentemente da tutto ciò, l'impossibilità di estendere ai rivenditori di videocassette oscene la causa di non punibilità concessa dal legislatore ad edicolanti e librai, è nella natura della causa e nella sua eccezionalità.

Nella natura della causa perché, una volta escluso che si tratti di causa di giustificazione, è proprio il suo carattere di pura esenzione da pena dipendente da mere ragioni di politica legislativa che colloca la situazione fra quelle rigorosamente riservate al potere discrezionale del legislatore, libero di valutare come crede i criteri di opportunità che presiedono alla scelta.

Ma anche nella superlativa eccezionalità della causa, dato che con la norma impugnata si è esentata da pena una categoria di commercianti in relazione ad una disposizione (l'art. 528 cod. pen.) che — come si è rilevato — oggi risulta esecutiva del precetto che il Costituente rivolge al legislatore a tutela del principio di cui all'art. 21 u.p. della Costituzione. La Corte non può far diventare regola una situazione che trova la sua origine in un uso eccezionale che il legislatore ha fatto del suo discrezionale potere.

È appena il caso di avvertire, infine, che la proposta questione non ha nulla a che vedere con l'evoluzione dei costumi, colla nozione di osceno o di comune senso del pudore. Essa presuppone, infatti, che si tratti sicuramente — secondo il giudizio espresso del giudice *a quo* — di immagini audiovisive contrarie al buon costume, e risponde esclusivamente al quesito posto circa una possibile loro diffusione da parte dei rivenditori, no-

nostante il categorico divieto della Costituzione e quello stesso di cui all'art. 528 cod. pen.

P.Q.M. — La Corte Costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 528 cod. pen. e dell'art. unico della legge 17 luglio 1975, n. 355 (Esclusione dei rivenditori professionali della stampa periodica e dei librai dalla responsabilità derivante dagli artt. 528 e 725 cod. pen. e dagli artt. 14 e 15, legge 8 febbraio 1948, n. 47), sollevata dal Pretore di Trieste, con ordinanza 11 novembre 1987, in riferimento agli artt. 3, comma 1, e 21, comma 1 e 2 della Costituzione.

RICHIAMI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

La pronuncia Corte Cost. 18 maggio 1972, n. 93, citata nel testo, è pubblicata in *Foro it.*, 1972, I, 1515: con essa si è dichiarata infondata la questione di costituzionalità dell'art. 528, comma 1 e 2, cod. pen., nella parte in cui incrimina anche gli edicolanti per la diffusione dolosa di scritti, immagini ed altri oggetti osceni, in riferimento agli artt. 3, comma 1, e 21, comma 1 e 2, della Costituzione. Inoltre, specificamente, sul divieto di cui all'art. 21, comma 2, della Costituzione, concernente la censura quale istituto tipico del diritto pubblico, si vedano anche le sentenze Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 31, in *Foro it.*, 1957, I, 325; Corte Cost. 8 luglio 1957, n. 115, in *Foro it.*, 1957, I, 1576; Corte Cost. 30 giugno 1960, n. 44, in *Foro it.*, 1960, I, 1075; e infine Corte Cost. 18 novembre 1970, n. 159, in *Foro it.*, 1970, I, 2996, anch'esse citate nel testo della sentenza in esame.

Sulle « *Cause di non punibilità* » si vedano la voce di VASSALLI, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960 e la voce *Punibilità* di RUGGIERO, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988.

Sui limiti di operatività della scriminante prevista dalla legge n. 355/1975 per i rivenditori professionali di stampa periodica e libri, si vedano: Cass. 12 dicembre 1977, Navanzino, in *Riv. pen.*, 1978, 796 (m); Cass. 2 dicembre 1976, D'Agosta, in *Giust. pen.*, 1977, II, 679; App. Torino 22 marzo 1976, Socco, in *Giur. it.*, 1977, II, 417 con nota di FASSONE, *Edicolanti e pubblicazioni oscene: limiti di responsabilità*; Cass. 2 aprile 1980, Caffiero, in *Riv. pen.*, 1980, 970 (m); Cass. 19 febbraio 1982, Milla, in *Giust. pen.*, 1983, II, 48 (m). Infine si vedano le osservazioni di CARTA, *La legge 17 luglio 1975, n. 355: una normativa davvero incostituzionale*, in *Giust. pen.*, 1979, II, 500 e la voce *Pubblicazioni oscene* di MONTANARA, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 949, in particolare 957 ss.

Sulla detenzione per la vendita di videocassette di contenuto osceno, cfr. App. Bologna, 19 giugno 1987, Dirani, in *Foro romagnolo*, 1987, 99, che ha riformato Pret. Ravenna 3 febbraio 1987, Dirani, in *Foro romagnolo*, 1987, 117, affermando che la fattispecie è offensiva del comune senso del pudore anche qualora le pellicole siano custodite in un locale sottratto alla vista del pubblico, essendo sufficiente, nella previsione dell'art. 528 cod. pen., la detenzione degli oggetti in questione allo scopo di farne commercio. Inoltre cfr. Trib. Teramo 10 febbraio 1987, Di Felice, in *Giur. mer.*, 1987, 945, con nota contraria di IADECOLA, *In tema di applicabilità della legge sulla stampa e della esimente prevista dalla legge 17 luglio 1975, n. 355*, che ha affermato che la fattispecie in esame costituisce reato commesso col mezzo della stampa e che ai rivenditori delle videocassette a contenuto osceno è applicabile l'esimente prevista dalla legge n. 355/1975. Infine, sulla stessa fattispecie, si veda Pret. Bari 8 aprile 1987, Ventura, in *Foro it.*, 1988, II, 477.

L'ordinanza di rimessione, emessa l'11 novembre 1987 dal Pretore di Trieste, sulla quale la Corte Costituzionale si è pronunciata con la sentenza che si annota, è stata pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 7, prima serie speciale dell'anno 1988.

R.S.