

LA STRUTTURA DEI REATI DI POSSESSO*

di Marco Mantovani

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. I reati di possesso come reati *senza condotta*. – 3. La bipartizione enucleabile all'interno di questa categoria di reati. – 3.1. La struttura delle fattispecie che incriminano *tout court* il possesso di determinati oggetti. – 3.2. La peculiarità della condotta che contrassegna questi reati. – 4. I reati di possesso come strumenti di anticipazione della tutela e il *tentativo* dei delitti, che si tratta di prevenire. – 5. La disponibilità di oggetti pericolosi quale presupposto di obblighi penalmente sanzionati attinenti alla loro detenzione.

1. Premessa

Nelle legislazioni penali contemporanee è diffusa l'incriminazione del *possesso* di cose *pericolose*. Non vi fa eccezione la nostra, ampio essendo il riscontro che (il ricorso a) questo modello conosce tanto nel corpo codicistico, quanto nella legislazione complementare.

La spiegazione politico-criminale del crescente ricorso a questa tipologia di incriminazioni risiede nell'essere il possesso – *rectius* la detenzione, per darne una definizione più ampia e insuscettibile di essere imbrigliata dalle contaminazioni e dalle problematiche che l'accostamento alla nozione civilistica di possesso può comportare¹ di determinati oggetti sia il *risultato* di reati precedentemente commessi (dallo stesso detentore o da terzi, in concorso o meno con lui); sia, anche e soprattutto, il *prodromo* rispetto alla commissione di (ulteriori) futuri reati. Proprio questa seconda valenza fa di questa categoria di illeciti uno strumento privilegiato del c.d. diritto penale *della prevenzione*. L'estensione della tutela penale alla semplice detenzione di specifici oggetti altro non è, infatti, che l'*anticipazione* di quella offerta ai beni giuridici che, attraverso il loro impiego, si possono ultimativamente ledere. Segnatamente sottolineando questo aspetto, risulta con chiarezza come la trattazione riservata a questa specie di reati non possa esimersi dal prendere posizione su tutta una serie di questioni che la materia dell'anticipazione della tutela penale invariabilmente sottende: prima, fra tutte, almeno con riferimento ai reati di detenzione strutturati *sub specie* di delitti, quella del loro rapporto con le rispettive fattispecie di *tentativo* degli ulteriori delitti che la loro creazione mira, appunto, a prevenire².

Un contributo abbastanza recente della letteratura tedesca ha messo in luce la peculiare funzionalità alle esigenze della prassi e, soprattutto, dell'accusa, che le

*Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, a cura di G.V. De Francesco, A. Castaldo, M.V. Del Tufo, L. Monaco e S. Manacorda.

¹ Sul problema rimane fondamentale la monografia di P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, *passim*.

² Se ne tratterà specificamente *infra*, al par. 4.

incriminazioni di cui trattasi hanno rivelato. E ha fatto riferimento, precisamente, alla scarsa vulnerabilità agli effetti della prescrizione del reato che queste fattispecie hanno dimostrato³. Condivisibile anche rispetto alla loro conformazione nel nostro sistema, la loro constatata maggiore insensibilità agli effetti della prescrizione non ne chiarisce, peraltro, la ragione. Questo dato può trovare, infatti, una spiegazione plausibile soltanto se rapportato alle note *strutturali* di queste tipologie di reati.

Corre, pertanto, l'obbligo di compiere quell'analisi della struttura delle fattispecie in parola, della quale proprio Alfonso Maria Stile, l'Illustre Autore al quale il presente lavoro è dedicato, ci ha fornito, in altra materia⁴, un esempio illuminante.

2. I reati di possesso come reati senza condotta

Il senso di un'indagine di questo tipo si rinviene nel non essere stata questa problematica – almeno a quanto ci consta – oggetto, nella nostra letteratura, di una riflessione di carattere *generale*. Ciò si deve all'importanza preponderante riconosciuta, nella tematizzazione dei profili caratterizzanti questo gruppo di reati, alla sottocategoria dei reati *di sospetto* (artt. 707 e 708 c.p.)⁵. Certo giustificato dalle peculiari questioni, in primo luogo attinenti alla loro costituzionalità, che queste due fattispecie contravvenzionali hanno costantemente originato⁶, questo atteggiamento ha finito con il fornire un'immagine piuttosto sfocata e incongrua della generale categoria dei reati di possesso. Questa pecca per difetto perché, polarizzandosi soltanto sulle previsioni dei già ricordati artt. 707 e 708 e, al più, dell'art. 260, comma 1, n. 3), c.p., tiene in non cale il ben più cospicuo numero di fattispecie incentrate sulla detenzione di specifici oggetti che già il solo quadro codicistico espone: basti rinviare al contenuto degli artt. 435, 443, 444, comma 1, 453, n. 3), 455, 459, comma 1, 460, 461, comma 1, 462, 472, comma 2, 474, comma 2, 497 *bis*, 497 *ter*, n. 1), 517 *ter*, comma 2, 600 *quater*, comma 1, 600 *quater* 1, 678, 697, comma 1, 727 *bis* c.p. Pecca, altresì, per eccesso perché, concentrandosi su nodi di indubbio spessore inerenti alla peculiare fisionomia degli artt. 707 e 708 c.p. – basti qui menzionare i problematici rapporti con il principio di uguaglianza e con la presunzione d'innocenza⁷ – e alla loro conformità alla Costituzione, giunge a privilegiare, trattandone in modo diffuso e capillare, aspetti che nulla hanno, viceversa, in comune con il globale *genus* dei reati di possesso. Di qui la

³ Cfr. W. GROPP, *Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie*, in *Festschrift für Otto*, Köln, Berlin, München, 2007, p. 250.

⁴ Cfr. A.M. STILE, *Omissione rifiuto e ritardo in atti di ufficio*, Napoli, 1974, p. 161 ss.

⁵

⁶ Un'ampia e dettagliata esposizione degli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale in materia di reati di sospetto, scindendo le questioni sollevate sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. da quelle afferenti all'inosservanza della presunzione d'innocenza (art. 27, comma 2, Cost.), si rinviene in R. CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., rispettivamente p. 58 ss. e 78 ss.

Sempre da menzionare, sul punto, le osservazioni di F. COPPI, *Osservazioni sui reati di sospetto e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. Cost.*, 1968, I, p. 330 ss.

⁷ Rinviamo alla nota che precede.

scelta di prescindere, in questa sede, e di concentrare l'attenzione esclusivamente sui reati di possesso *stricto sensu* intesi.

Ha anche un retroterra e una motivazione "culturali" relativamente recenti l'esigenza di una loro analisi diretta a disvelarne la struttura: alludiamo, in questo senso, alla necessità di confrontarsi con talune sollecitazioni provenienti, *in subiecta materia*, da elaborazioni sul tema maturate nel contesto dell'esperienza tedesca. In particolare, non può essere passato sotto silenzio il tentativo, intrapreso in una monografia di una decina di anni fa⁸, di restaurare, al fine di dar conto delle peculiari caratteristiche dei reati possesso, la categoria autonoma dei c.d. *Zustandsdelikte*. Denominazione, questa, con la quale si intende designare non già – secondo quello che è l'uso corrente nella letteratura tedesca – la classe dei reati *istantanei*, così da contrapporla a quella dei reati permanenti⁹, bensì l'autonomo raggruppamento dei c.d. delitti di *stato*¹⁰. La sua enucleazione discende dall'asserita irriducibilità di questa tipologia di reati allo schema dei reati di *condotta*, stante l'acclarata impossibilità di adattarvisi tanto della figura dell'*azione*, quanto di quella dell'*omissione*¹¹.

Il prezzo che la (ri)scoperta¹² di questa categoria di reati paga è, nondimeno, molto alto sotto il profilo dell'osservanza dei principi costituzionali che, in Germania come in Italia (nell'ipotesi di una sua trasposizione entro le coordinate del nostro sistema)¹³, condizionano la costruzione dell'illecito penale. E' primariamente il principio di colpevolezza, nel momento in cui postula la rimproverabilità all'autore dei fatti di reato che gli sono ascrivibili, a collidere con modelli di incriminazione incentrati sul solo dato dell'essere in possesso di determinati oggetti, senza che si interponga diaframma alcuno, proprio per l'assenza di *una* condotta, fra l'autore medesimo e lo *stato* che gli viene imputato. In una prospettiva ancor più generale, è la stessa funzione precettiva della norma a difettare di legittimazione, laddove si indirizzi ai suoi destinatari vietando uno stato-risultato senza la mediazione di una condotta diretta ad evitarlo. Vero che chi ha promosso quest'elaborazione dei *Zustandsdelikte* si è fatto parimenti carico delle frizioni con il principio di colpevolezza che questa poteva comportare e ha apportato le precisazioni e i correttivi orientati a neutralizzarne l'impatto¹⁴, è altresì assodato, come si evince dal loro esame¹⁵, che le une e gli altri non paiono sufficienti a rimuoverle.

⁸ Alludiamo, a questo proposito, al lavoro di K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit. sub nt. 1.

⁹ In questo senso cfr., per tutti, H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, V ed., Berlin, 1996, p. 263.

¹⁰ Le problematiche sottese a questa tipologia di delitti sono trattate diffusamente da K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 226 ss.

¹¹ Questa è, in effetti, la conclusione ultima cui approda K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 225.

¹² L'enucleazione di reati *privi di condotta* da parte di esponenti della nostra dottrina più risalente è analizzata, nel dettaglio, da R. CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., p. 25 ss., laddove è riportata in modo assai più sintetico e decisamente respinta da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Pt. g., XI ed., Milano, 1989, p. 193.

¹³ Un'ampia esposizione di questo specifico profilo si rinviene in K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 233 ss.

¹⁴ In particolare, rileva K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 236, 239 che il principio di colpevolezza esigerebbe unicamente che il fatto realizzato sia *dominabile* dal suo autore, senza indulgere in ulteriori

Il senso di questo richiamo alle posizioni della dottrina d'oltralpe è, allora, quello della giustificazione di una riflessione sulla struttura dei reati di possesso (sott.: *stricto sensu* intesi) – pur nei ristrettissimi limiti di questo contributo – che non abbia una finalità meramente speculativa, ma che si opponga, piuttosto, a modelli esplicativi che, come quello di cui si è appena dato conto, ne propongono una delineazione che oltrepassa la soglia di ciò che è (ancora) conforme alla Costituzione.

3. La bipartizione enucleabile all'interno di questa categoria di reati

Assodato che esiste una problematica relativa ai reati di possesso come categoria autonomamente considerata, sarebbe tuttavia eccessivamente affrettato desumerne che questa si stagli secondo cadenze indefettibilmente *unitarie*.

Si può, infatti, tracciare, non senza un margine di corrispondente approssimazione, una *summa divisio* nell'alveo delle incriminazioni che ne costituiscono l'*ubi consistam*. Essa sembra articolarsi secondo lo schema che segue:

- a) si colpisce *tout court* la detenzione di determinati oggetti valutati dalla legge come pericolosi, senza che rilevi ad alcun effetto il *quomodo* della loro conservazione; questo è sicuramente il sottogruppo qualitativamente e quantitativamente più significativo della categoria di cui trattasi: attorno ad esso sono germinate, non a caso, le maggiori discussioni e le più dense difficoltà di inquadramento;
- b) si qualifica come illecito non il possesso di dati oggetti in quanto tale, ma soltanto se e in quanto non siano state osservate le *prescrizioni*, normativamente imposte, dirette a neutralizzare i pericoli che vi sono insiti.

A questa diversificazione delle fattispecie che li contemplano non può che associarsi una marcata distinzione dei profili strutturali che connotano le singole tipologie riconducibili entro il *genus* categoriale dei reati di possesso.

Giova, peraltro, precisare sin d'ora che questo contributo sarà incentrato essenzialmente sul primo dei sottogruppi che si sono appena individuati, il secondo involgendo problematiche per larga parte estranee al tema dei reati di possesso.

3.1. La struttura delle fattispecie che incriminano *tout court* il possesso di determinati oggetti

Procedendo, prioritariamente, dal sottogruppo menzionato *sub a)*, conviene subito precisare che detenere, secondo un'etimologia che risale al suo antecedente

precisazioni sul *quomodo* del rispetto di questo requisito. E, a suffragare questa sua tesi, richiama due sentenze del *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁵ Basti considerare il dato che entrambe le decisioni riferite da Eckstein come portatrici dell'interpretazione che al rispetto dello *Schuldprinzip* sarebbe stata sufficiente la sola condizione della dominabilità del fatto da parte del suo autore, menzionate nella nota che precede, specificano che il concetto stesso di reato presuppone la presenza di una *condotta* dominabile e, per tale via, rimproverabile del medesimo: cfr. K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 235, nt. 39.

latino¹⁶, non significa semplicemente avere la disponibilità di una cosa, ma allude, ulteriormente, al fatto di *trattenerla* presso di sé. Se le sono, quindi, immanenti i caratteri della conservazione e del mantenimento di ciò che ne costituisce l'oggetto, ne discende che alla detenzione è essenziale un *prolungamento nel tempo* del rapporto con la cosa nella quale essa si compendia. Di qui il corollario che le fattispecie che la incriminano presuppongono l'instaurazione di un rapporto comunque *duraturo* con gli oggetti pericolosi sui quali, di volta in volta, essa si instaura.

Sotto il profilo dogmatico, questa caratterizzazione delle fattispecie che qui interessano implica un immediato riverbero sul piano dell'offesa ai beni giuridici che queste, rispettivamente, postulano: poiché essa si collega alla *protrazione* del rapporto con gli oggetti in parola, ne segue che questi si struttureranno *sub specie* di reati *permanenti*. Ciò che, del resto, corrisponde alla ricostruzione che di queste figure danno tanto la nostra giurisprudenza, quanto la letteratura di lingua tedesca¹⁷. Corroborata questa deduzione precisamente il dato, già segnalato¹⁸, della loro minor vulnerabilità rispetto agli effetti della prescrizione. Il che in tanto si verifica, in quanto l'inizio del suo decorso risulta spostato in avanti dalla necessaria individuazione del relativo *dies a quo* in quello della cessazione degli effetti della permanenza (cfr., sul punto, le collimanti indicazioni promananti dall'art. 158, comma 1, c.p. e dal § 78 a StGB).

Il riconoscimento della natura *permanente* dei reati di possesso è densa di implicazioni significative in ordine alla loro struttura. Quale risultato della condotta umana che si protrae nel tempo, ben si presta il possesso ad essere inquadrato in termini di *evento* – si badi: naturalistico – di questa classe di reati. Se, alla luce di quest'acquisizione, si conviene sulla riconducibilità dei reati di possesso nell'alveo dei reati permanenti di evento¹⁹, si potranno neutralizzare *ab origine* le tendenze – di cui si è dato conto²⁰ – inclini ad estromettere questa tipologia di reati dal modello classico costruito attorno ad una condotta umana che vi dà luogo e propense, all'opposto, a rinvenirvi una problematica ipotesi di reati di *stato*. In altre parole, l'interpretazione del possesso come evento di queste fattispecie e la conseguente possibilità di rinvenirvi il loro baricentro consentono di riportarle entro il paradigma del reato *a forma libera*. Il dato che queste si incentrano esclusivamente sull'(elemento dell')acquisizione del possesso di determinati oggetti, ferma restando la problematica connaturata alla sua protrazione (sulla quale ci si soffermerà in séguito), fa sì che siano irrilevanti le modalità – *id est* le condotte – attraverso le quali vi si perviene. Né, d'altro canto, questa peculiare conformazione dei reati di possesso può essere considerato come una singolare anomalia nel settore dei reati permanenti; basti pensare al fatto che la figura che da sempre ne ha rappresentato e ne rappresenta l'archetipo, ossia il sequestro di

¹⁶ Identificabile in *detinére*, sul significato del quale cfr. F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, III ed., Torino, 1950, c. 827.

¹⁷ Al riguardo, cfr. G. HOCHMAYR, *Strafbarer Besitz*, cit., p. 63 ss. e richiami di letteratura ivi contenuti.

¹⁸ Rinviamo, sul punto, a quanto evidenziato *antea*, al par. 1 di questo contributo.

¹⁹ Ove per evento si intende il possesso della cosa in sé e per sé considerato e non già – come invece ritiene G. HOCHMAYR, *Strafbarer Besitz*, cit., p. 64 s. – il fatto *ulteriore* della sua conservazione.

²⁰ Ci si riferisce, evidentemente, alla soluzione patrocinata da Eckstein, di cui abbiamo (sott: sommariamente) dato conto.

persona (art. 605 c.p.), è ritagliata precisamente sullo schema del reato a forma libera²¹, nel contesto del quale è la privazione della libertà personale, indipendentemente dalle modalità a mezzo delle quali avviene, ad incarnarne il fulcro.

Bisogna, a questo punto, dar conto delle possibili obiezioni alle quali questa ricostruzione ermeneutica dei reati di possesso si può esporre.

Conviene partire, a questo proposito, dall'assunto, enunciato chiaramente a suo tempo da Giovanni Leone, secondo il quale la protrazione della lesione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie contemplanti reati permanenti²² costituiva l'evento coesenziale a questa categoria di reati. Il che, saldato all'adesione di questo Autore alla concezione *giuridica* dell'evento²³, legittima(va) l'affermazione, modulata alla stregua di canoni più attuali, sulla base della quale in detta protrazione – tuttora impregiudicata qualsivoglia indagine sulla forma, *rectius* sulle condotte mediante le quali interviene – va individuata l'*offesa* insita in questa classe di reati. Ora, questo modo di concepire la nozione di evento nei reati permanenti è fonte di un'ineliminabile discrasia rispetto alla ridefinizione di quella loro *species*, costituita dai reati di possesso, in termini di reati a forma libera, che ne abbiamo più sopra proposto. Quest'ultimo inquadramento allude, infatti, a fattispecie che sono *strutturalmente* caratterizzate dal loro polarizzarsi esclusivamente sull'intervento di un evento naturalistico, *causalmente* collegato ad una condotta umana, indipendentemente dai contorni che questa assume. E poiché in ogni caso pur sempre di un evento in senso naturalistico si tratta, è evidente che questo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, non potrà che postulare l'esistenza di una causalità *naturalistica*, che lo saldi alla condotta di chi lo ha posto in essere.

Senonché – e in ciò si annida la prima obiezione che rispetto a questa lettura dei reati di possesso può essere sollevata – risulta assolutamente improprio evocare una causalità di tipo naturalistico con riferimento al rapporto fra condotta e offesa. Fra queste due entità, infatti, può intercorrere un rapporto di causalità in senso logico-giuridico, ma non naturalistico²⁴.

Un ostacolo ulteriore si presta, quindi, ad infirmare l'abbozzata ricostruzione dei reati di possesso *sub specie* di reati causalmente orientati. Posto che si tratti effettivamente di figure riportabili nella cornice del reato permanente, non riesce agevole determinare il secondo termine della relazione causale che si presuppone. Vero, infatti, che si tratta di un evento che si protrae nel tempo, la sua considerazione unitaria agli effetti dell'esistenza di un reato permanente²⁵ sembrerebbe opporsi a quell'esigenza di una costante separazione spazio-temporale fra condotta ed evento che il rapporto di causalità *naturalisticamente* inteso implica senza eccezioni. Se è

²¹ In questo senso cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Pt. s., I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2011, p. 299.

²² Sul punto G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, in particolare p. 425 ss.

²³ Esplicita, al proposito, la posizione assunta dall'Autore: cfr. G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., p. 383.

²⁴ Evidenza con estrema chiarezza questo dato M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 251 (e nt. 59) e 258.

²⁵ Sulla convergenza di vedute con riferimento al carattere unitario del reato permanente cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, III ed., Milano, 2004, sub Pre-Art. 39/120; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Padova, 2001, p. 446.

invero assodato che il reato e, con ciò stesso, l'evento che ne definisce l'*ubi consistam*, assumono un carattere unitario, parrebbe più congruo riferire questo predicato all'offesa, che a detto reato si riconnette. Il che, peraltro, condurrebbe al risultato, già più sopra messo in risalto, dell'impossibilità di ipotizzare un collegamento causale di tipo naturalistico fra condotta e offesa; e, di fatto, ad abbandonare l'idea di una lettura dei reati di possesso come fattispecie causalmente orientate.

Tanto questa seconda obiezione, quanto la prima si reggono su un comune denominatore che consente, nondimeno, di superarle.

Tale piattaforma comune riposa sull'idea che non si possa rintracciare una separazione spazio-temporale fra la condotta che segna la c.d. *perfezione*²⁶ (o consumazione iniziale²⁷) del reato permanente e quella protrazione nel tempo della sua durata, il cui termine ne definisce la c.d. consumazione *finale*. In realtà, questa presunta irriducibilità del reato permanente ad una spiegazione causale in termini naturalistici pare superabile ove alla nozione logico-giuridica di questa categoria di reati si sostituisca una lettura ontologica della loro struttura. In effetti, ancorché (siano) inseparabili nella valutazione unitaria fattane dai rispettivi legislatori, gli eventi che danno luogo alla protrazione dell'offesa nei reati permanenti rimangono, dal punto di vista naturalistico, perfettamente isolabili gli uni dagli altri. Il che significa che, anche rispetto alla condotta, tali eventi conservano la loro autonomia. Ciò permette di ravvisare, procedendo proprio dalla condotta, altrettanti decorsi causali che la collegano, sotto il profilo naturalistico, a ciascuno degli eventi così scomposti.

Ma da che cosa deriva questa loro separabilità, in totale contrapposizione alla valutazione unitaria che la legge riserva ad essi?

Discende dal fatto che ognuno di essi, singolarmente considerato, presenta una posizione distinta – se non sempre nell'*hic* – quanto meno nel *nunc* rispetto alla condotta. Si pensi, in via meramente esemplificativa, al caso “classico” del sequestro di persona: in questo si possono rinvenire, lungo l'intero arco della sua protrazione, tanti eventi uguali nell'*hic* – ma non necessariamente: si pensi al caso in cui la persona sequestrata venga trasferita da un luogo ad un altro – ma diversi nel *nunc*, quanti sono quelli nei quali la privazione della libertà personale del soggetto passivo perdura nel tempo. Non diversa, in questa prospettiva, è la situazione ravvisabile con riferimento ai reati di possesso: anche in questa evenienza, una volta intervenuta la condotta commissiva mercé la quale l'autore si è procurato la disponibilità di un determinato oggetto, è dato individuare un rapporto di causalità naturalisticamente intesa fra essa e i successivi eventi nei quali si materializza il prolungamento della detenzione del medesimo.

Le osservazioni appena svolte ci consentono, quindi, di asseverare la delineazione dei reati di possesso *sub specie* di reati causalmente orientati e di tratteggiarne la peculiarità nell'essere polarizzati sull'intervento dell'evento naturalistico dato dalla conservazione dell'oggetto di cui, di volta in volta, trattasi.

²⁶ Utilizza il concetto di “perfezione” F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 446.

²⁷ Di quest'espressione si serve, invece, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub Pre-Art. 39/120.

3.2. La peculiarità della condotta che contrassegna questi reati

Anche se la definizione del possesso come evento della classe dei reati, che qui interessano, sgombra il campo dalle obiezioni opponibili a quanti, ravvisandovi invece la *condotta* di questi ultimi, si vedono costretti ad identificarne l'essenza in un *non comportamento* e, quindi, in un mero *stato*²⁸, è lo stesso loro inquadramento nell'alveo dei reati permanenti a reclamare ulteriori precisazioni in ordine alla condotta che li sostanzia.

E' noto come, in materia di reati permanenti, si sia sovente discusso circa il fatto che la condotta atta ad integrarli fosse di un segno unico, *ergo* commissiva od omissiva *tout court*; oppure se, ad un primo segmento – di natura varia ma, almeno per quel che riguarda i reati di possesso nell'interpretazione qui propostane, di natura inequivocamente commissiva – culminante nell'instaurazione della situazione illecita, ne seguisse uno indefettibilmente *omissivo*, destinato alla sua protrazione. Questa seconda chiave di lettura armonizza, in modo più che palese, con la nota concezione c.d. bifasica del reato permanente, alla stregua della quale la situazione illecita cui la prima parte della condotta dà vita può essere mantenuta soltanto per il tramite di un successivo contegno omissivo²⁹. Note sono, peraltro, anche le critiche che da sempre hanno inficiato questa concezione: prima fra tutte, l'assenza di un qualsivoglia fondamento normativo in relazione all'obbligo di rimuovere la situazione illecita precedentemente posta in essere, che questa postula³⁰.

Quel che occorre, a questo punto, esaminare è se e in quale misura la ricostruzione dei reati di possesso in termini di reati permanenti, in questa sede patrocinata, possa riverberarsi su questa annosa *querelle*.

A questo riguardo, è imprescindibile notare come la morfologia della condotta che dà luogo ai reati permanenti non può che dipendere dalla dinamica della violazione della norma in cui questi si sostanziano. Vero che a tale violazione è coesenziale, in questa tipologia di reati, un'*intensificazione* dell'illecito collegata alla sua protrazione³¹, ciò presenta immediate ricadute rispetto alla condotta che vi dà

²⁸ Il rinvio è, ancora una volta, alla chiave di lettura propostane da Eckstein, cui abbiamo fatto cenno *antea*, al par. 3.

²⁹ Ci rifacciamo, a questo proposito, alla formulazione elaboratane da G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., p. 393, 395 ss., 426 ss.

³⁰ Più di recente, rimarcano l'inesistenza di una piattaforma di diritto positivo atta a fondare l'obbligo di cui questa concezione presuppone l'inosservanza, fra gli altri, R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, p. 16 s.; R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 144.

³¹ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin-New York, 1991, p. 170. Appare opportuno associare -nel testo- l'intensificazione all'illecito, anziché all'offesa del bene giuridico tutelato dalla relativa norma incriminatrice, noto essendo il rigetto opposto da questo Autore all'interpretazione del reato in termini di offesa a un bene giuridico: basti rifarsi a G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 35 s.

In realtà, l'idea che alla protrazione dell'illecito si associ indefettibilmente un'intensificazione dell'offesa recata al bene leso non manca neppure nella nostra letteratura; emblematica, in tal senso, la posizione di R.

luogo. In particolare c'è da chiedersi, a fronte della condotta commissiva a mezzo della quale si instaura l'illecito nei reati di possesso, quali contorni possa assumere la condotta posteriore che lo protrae e, con ciò, lo intensifica. Richiamando la scomposizione naturalistica degli eventi che si susseguono nel reato permanente, che abbiamo in precedenza tratteggiato, bisogna domandarsi quali effetti discendano, *rectius* possano discendere, dal dato che la condotta – commissiva – precedente abbia instaurato, causandone l'evento naturalistico da cui essa dipende, la c.d. consumazione *iniziale* (o *perfezione*)³². Da un'angolazione strettamente dogmatica, la situazione per tale via determinantesi evoca tutti i presupposti dell'insorgenza di un obbligo di garanzia scaturente dal c.d. *fare pericoloso precedente*. Vero che l'ammissione di una posizione di garanzia *ex Ingerenz* è del tutto estranea, diversamente da quanto si può riscontare nell'esperienza tedesca, agli orizzonti della nostra cultura penalistica³³, è parimenti incontestabile che l'esistenza di una *Garantenstellung* derivante dall'azione precedentemente pericolosa costituisca patrimonio ben sedimentato nella nostra letteratura meno recente³⁴, nonché acquisizione dalla quale non è aliena neppure la giurisprudenza³⁵. In questa prospettiva, dunque, dalla determinazione della consumazione c.d. iniziale del reato permanente potrebbe rinvenirsi la fonte, a carico di chi vi ha dato causa, di un obbligo giuridico di impedire il pericolo della realizzazione degli *ulteriori* eventi, diversi nel *nunc* anche se uguali nell'*hic*, che di quel primo evento rappresentano la prosecuzione e, con ciò stesso, l'intensificazione. Sicché, sempre in rapporto ai reati di possesso, alla loro integrazione dovrebbe reputarsi necessaria sia la condotta *commissiva*, consistente nell'acquisizione della disponibilità della cosa, sia quella successiva, di segno omissivo, consistente nell'inadempimento dell'obbligo di impedirne la protrazione, disfacendosi della stessa.

Sebbene possa sicuramente apparire artificiosa, questa ricostruzione (più che dei reati di possesso) dello stesso reato permanente non incorre in tutte le censure di incostituzionalità³⁶ alle quali si espone l'attribuzione di una rilevanza *autonoma* al fare pericoloso precedente, quale fonte dell'obbligo di impedire l'evento *ex art. 40, cpv., c.p.* In questo caso, infatti, non viene *in primis* in considerazione alcun *vulnus* al principio di legalità, perché né l'azione pericolosa precedente, né una presunta (e irreperibile)

RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 50, il quale ritiene che, ai fini dell'integrazione del *dolo* richiesto da questa classe di reati, non sia sufficiente la consapevolezza di realizzare e mantenere l'offesa, ma che a questa debba aggiungersi quella "di incrementarne il contenuto".

Ora, se si ammette che questo incremento dell'offesa (sott. originariamente) creata debba entrare nell'oggetto del *dolo*, non si comprende in che modo esso possa poi non reagire sulla struttura oggettiva del fatto al quale attiene. Coerenza sistematica impone, di contro, di ritenere che ciò che è oggetto del *dolo* rientri nel fatto che esso deve investire.

³² Per l'opzione a favore dell'una o dell'altra terminologia, cfr. *supra* le note 27 e 28.

³³ Sul punto cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 277.

³⁴ Nella manualistica cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 224 s.; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986, p. 302.

³⁵ Indicazioni relative a pronunce inclini ad assegnarle una specifica rilevanza, nel senso di valorizzarne la portata quale fonte dell'obbligo posto dall'art. 40, cpv., c.p., sono fornite da S. BELTRANI-D. CARCANO, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Milano, 2010, p. 85 s.

³⁶ Se ne rinviene un'esposizione in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170.

norma che ad essa faccia rinvio fondano la responsabilità penale di un determinato soggetto. L'obbligo di attivarsi nascente da un proprio fare precedente pericoloso e illecito assolve, nel quadro del reato permanente, esclusivamente alla funzione ermeneutica di spiegare l'esistenza dell'obbligo di rimuovere una situazione illecita precedentemente creata, che è la stessa norma penale costitutiva del reato permanente a enucleare. Non a caso la stessa letteratura tedesca, che possiede un grado ben maggiore di familiarità con l'idea del fare pericoloso precedente, compendiatamente nell'espressione *Ingerenz*³⁷, quale elemento fondante di una posizione di garanzia rilevante nell'ottica del reato omissivo improprio, non esita a rinvenire nel reato permanente un'ipotesi nella quale a tale idea vengono assegnati un riconoscimento e una tipizzazione completi a livello normativo³⁸.

Rintuzzate in tal modo le riserve di maggior spessore che rispetto all'accoglimento della concezione bifasica del reato permanente sono sempre state avanzate, difficoltà minori si pongono per rimuoverne altre. Non vale, in particolare, obiettare che, al cospetto della pretesa natura omissiva della seconda parte della condotta presupposta dai reati permanenti *commissivi*, si darebbero casi in cui questa assume, di contro, una forma anch'essa commissiva. Noto, al riguardo, l'esempio, frequentemente addotto, del sequestratore che, lungi dal mantenersi inattivo nel suo rapporto con il sequestrato, (di contro) *si attiverrebbe* per trasportarlo da un luogo ad un altro, oppure per procurare il cibo necessario al suo nutrimento³⁹. Altrettanto nota, peraltro, è l'agevole replica alla quale questa obiezione si espone: una volta assodato che, sul piano della fattispecie *astratta*, il reato *commissivo* permanente – *genus* nel quale si può iscrivere la *species* dei reati di possesso – si articola in una sequenza nella quale ad una prima condotta *positiva*, a mezzo della quale si instaura la situazione illecita, ne segue una seconda omissiva, che la protrae, *rectius* non la rimuove, il dato che chi a ciò tenuto non vi provveda, tenendo in suo luogo un qualsivoglia comportamento commissivo, confina quest'ultimo nell'ambito dell'irrelevanza dell'*aliud facere*, interessando ciò che egli *non* ha fatto e non già la condotta attiva tenuta in sua vece⁴⁰.

4. I reati di possesso come strumenti di anticipazione della tutela e il tentativo dei delitti, che si tratta di prevenire

Come abbiamo preliminarmente avuto modo di precisare, l'incriminazione del possesso di determinati oggetti è funzionale all'anticipazione della tutela che offrono le fattispecie poste a presidio dei beni che mercé il loro impiego si possono

³⁷ Con riferimento alla posizione di garanzia fondata da un proprio fare pericoloso precedente rinviando, in luogo di altri, al quadro tracciato da W. STREE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXV ed., München, 1997, p. 198 ss.

³⁸ Cfr., al riguardo, l'esplicito assunto di K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 169 s., nt. 206.

³⁹ Per questo tipo di obiezione alla tesi secondo la quale il reato permanente consta di una seconda fase di segno necessariamente omissivo, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/120-121.

⁴⁰ La replica a questo genere di riserve era già reperibile in G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., p. 431 s.

conclusivamente offendere⁴¹. Di qui, come parimenti già accennato, il problema del rapporto fra i reati di possesso e il *tentativo* dei delitti che essi sono diretti a prevenire. In sostanza, si tratta di stabilire quali siano gli effetti che su questo punto può comportare l'inquadramento della classe di reati qui analizzata nell'orbita dei reati permanenti.

Per esaminare questa problematica nei suoi risvolti applicativi, pare senza dubbio opportuno saggiarne l'impatto in relazione ad una fattispecie nella quale si ponga effettivamente l'esigenza di un'*actio finium regundorum* fra detenzione di un determinato oggetto e tentativo di un delitto ulteriore, avente come oggetto materiale proprio la cosa detenuta, di cui si vuol prevenire l'esecuzione. Vi si attaglia perfettamente, come caso paradigmatico, quello offerto dall'art. 453, n. 3), c.p., nella parte nella quale contempla, sottoponendoli allo *stesso trattamento sanzionatorio*, accanto al fatto di chi "*detiene monete contraffatte o alterate*, quello di chi le "*spende o mette altrimenti in circolazione*".

Se si accoglie e si sviluppa coerentemente la tesi orientata a rinvenire nella detenzione di monete falsificate un reato permanente, la previsione di un identico trattamento sanzionatorio fra essa e le ipotesi di spendita o messa in circolazione delle medesime può trovare la propria spiegazione logica nel fatto che la *perdurante disponibilità* di tali monete costituisce il presupposto della possibile *reiterazione* delle successive condotte consistenti nella loro spendita o messa in circolazione. Di qui la ragione di un'anticipazione della tutela penale mirante a colpire un reato-mezzo, quale la detenzione delle monete *de quibus*, che rappresenta l'antecedente logico-criminologico, di un concorso formale o materiale di reati-fine.

Se, invece, non si valorizza il requisito della permanenza insito nella detenzione di monete falsificate, il rapporto fra questa ipotesi e le successive, menzionate dall'art. 453, n. 3, c.p., dovrà essere impostato – ed è stato in effetti impostato – su basi completamente diverse.

Seguendo le indicazioni di Vincenzo Manzini, il rapporto fra detenzione e spendita o messa in circolazione di monete false enucleato dall'art. 453, n. 3, c.p. andrebbe letto nei termini di una sequenza fra tentativo e consumazione di quest'ultimo delitto. In altre parole, la detenzione integrerebbe precisamente il tentativo della spendita o della messa in circolazione delle monete in questione⁴². Ora, al di là del rilievo che nella detenzione sembra potersi ravvisare un comportamento provvisto del requisito dell'idoneità ma non certo di quello dell'univocità nei confronti delle altre ipotesi indicate nel séguito dell'art. 453, n. 3, c.p., questa lettura del rapporto intercorrente fra esse urta contro l'*identità* del trattamento sanzionatorio, che loro riserva proprio l'art. 453 c.p. In un sistema nel quale precisamente il *discrimen* sanzionatorio fra tentativo e consumazione viene salutato come una scelta in favore dell'oggettivismo e, al tempo stesso, come una netta ripulsa del soggettivismo⁴³,

⁴¹ Richiamiamo, al proposito, quanto anticipato al par. 1.

⁴² In questo senso, infatti, si esprime V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 5ª ed., a cura di PISAPIA, Torino, 1983, p. 558.

⁴³ Cfr., al proposito, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 528 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., sub Art. 56/3.

sarebbe ben strano che una deroga, per quanto implicita, a questo principio fosse contenuta nello stesso corpo codicistico, senza alcuna disposizione espressa al riguardo. Se è vero che la possibilità di deroghe alle regole del codice in tema di trattamento differenziato fra tentativo e consumazione si può ammettere – e, non a caso, se ne può constatare la ricorrenza⁴⁴ – con riferimento alla legislazione complementare, stante la valvola di apertura rinvenibile nell’art. 16 c.p., è altrettanto certo che essa non può aver luogo all’interno del codice.

5. La disponibilità di oggetti pericolosi quale presupposto di obblighi penalmente sanzionati attinenti alla loro detenzione

Quanto al sottogruppo di ipotesi nel quale ad essere incriminato è il possesso di cose nell’inosservanza delle prescrizioni che lo disciplinano, la gamma di casi che vi rientra appare certamente estesissima, spaziando da materie “classiche” della legislazione penale complementare, quali quelle inerenti alla detenzioni di armi o di stupefacenti, a settori di ben poco frequente applicazione (si pensi, esemplificativamente, alla detenzione di mammiferi e rettili costituenti pericolo per la salute e per l’incolumità pubblica: cfr. l’art. 6 l. 7 febbraio 1992, n. 150).

E’ chiaro che in questa costellazione di casi la detenzione degli oggetti in parola assolve alla ben diversa funzione di *presupposto* dell’insorgenza di obblighi penalmente sanzionati. Essa funge, quindi, da fattore che dà luogo alla situazione tipica costituente la matrice di obblighi di attivarsi, la cui violazione integra un reato omissivo *proprio*⁴⁵.

Si tratta – come ben si vede – di materia del tutto estranea alle tematiche proposte dai reati di possesso *tout court*, dei quali abbiamo finora trattato.

⁴⁴ Basti pensare all’art. 293 D.P.R. 27 gennaio 1973, in materia di contrabbando doganale, o all’art. 24, l. 152/1975, in tema di elusione della misura di prevenzione della sospensione provvisoria dall’amministrazione dei beni personali.

⁴⁵ Ricostruisce la detenzione abusiva di armi come reato omissivo proprio A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I: profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, p. 133.