

PASQUALE TRONCONE

**Omessa, tardiva o falsa comunicazione alla Consob
di partecipazione azionaria.
Struttura del reato e limiti di configurabilità**

SOMMARIO: 1. *L'analisi normativa.* — 1 a) L'ipotesi contravvenzionale; 1 b) I soggetti attivi del reato; 1 c) Il bene giuridico tutelato e la presunta natura permanente della contravvenzione; 1 d) Brevi considerazioni sul requisito psicologico nelle contravvenzioni, a proposito del reato in esame. — 2. *La problematica del reato permanente.* — 2 a) La definizione; 2 b) La natura del bene giuridico tutelato dalla norma ai fini della permanenza; 2 c) La concezione bifasica e le altre proposte; 2 d) Il dovere di contro-agire e la volontà del mantenimento dello stato anti-giuridico creato; 2 e) Problemi in ordine alla configurabilità del reato permanente colposo; 2 f) La sussistenza della permanenza in ragione della formulazione del precetto normativo. — 3. *Limiti alla configurabilità della contravvenzione di cui all'a. 7 l. 281/85 quale reato permanente colposo.* — 3 a) Il dovere di contro-agire; 3 b) Il reato dell'a. 7 l. 281/85 non è sempre reato permanente; 3 c) Altre cause interruttrive della permanenza: la sostituzione del soggetto obbligato; l'informazione ricevuta dalla CONSOB per altra via; il verificarsi del termine essenziale; 3 d) La natura di reato istantaneo a effetti permanenti.

1. L'ANALISI NORMATIVA.

1 a) *L'ipotesi contravvenzionale.* — La legge n. 216 del 7 giugno 1974, istitutiva della CONSOB (Commissione Nazionale per le società e la borsa), assume un particolare rilievo perché rappresenta un concreto e significativo impiego dello strumento penale nel campo dell'economia. Fino a quella data, infatti, non si segnalano interventi analoghi così caratterizzati, anche se non può sfuggire che il legislatore del 1942 con il codice civile ha introdotto una serie di fattispecie incriminatrici poste a salvaguardia della disciplina societaria.

Il notevole sviluppo che ha acquistato il mercato borsistico nel suo complesso ha evidentemente spinto il legislatore ad emanare una disciplina più organica e specifica, per un settore che, ormai, con vigore, copre larga parte del mercato finanziario.

Il ricorso alla sanzione penale, se non può essere definito, quindi, in termini di novità (il settore dell'impresa era già presidiato da numerose fattispecie penali), deve essere certamente valutato in una prospettiva nuova di politica criminale. Per la prima volta si ricorre alla pena in funzione generalpreventiva, a protezione di un settore nevralgico dell'economia.

Non può sfuggire, infatti, che con il passare degli anni il mercato azionario ha assunto sempre più il ruolo di indice rilevatore dello stato di salute dell'intera economia nazionale. In una società ove la frequenza degli scambi economici è particolarmente elevata anche le intense attività di transazione vanno attentamente esaminate per evitare che il notevole afflusso di capitali

La l. 216/74 ha subito progressivamente una erosione dovuta alla depenalizzazione per effetto della legge n. 76 del 24 dicembre 1975 e poi di una successiva « ripenalizzazione » per effetto degli aa. 49 e 52 della legge n. 689 del 24 novembre 1981 (e, non sembri un gioco di parole, la « ripenalizzazione » è stata operata con la più importante legge di depenalizzazione) (1).

Queste oscillazioni normative — come era prevedibile — hanno comportato difficoltà applicative anche in ordine alla disciplina della successione di leggi nel tempo ed, in sostanza, hanno rappresentato uno squilibrio dell'originario assetto adottato dal legislatore. Ma sembrava quasi ineluttabile che ciò dovesse accadere proprio per aver fatto ricorso a sanzioni che se da un lato hanno natura amministrativa, dall'altro non offrono i vantaggi — in termini di efficacia — né dei delitti, né degli illeciti amministrativi. Ci sembra opportuno individuare i canoni concettuali seguiti dal legislatore nel predisporre questo apparato sanzionatorio. Nel 1983 la Presidenza del Consiglio dei Ministri con una circolare introduceva una specie di *vademecum* per legiferare in materia penale (2). La stessa si apre con il rilievo che talvolta il ricorso alla sanzione penale o a quella amministrativa è parsa casuale, avulsa da una meditata valutazione politico-criminale. Noi aggiungiamo a questo proposito che appare addirittura paradossale l'operazione di far riemergere la sanzione penale nella l. 281/85 rispetto alla depenalizzata l. 216/74. Anche alla luce di questi ripristini sanzionatori il legislatore avrebbe dovuto riflettere sul fatto che l'illecito amministrativo offre maggiori « vantaggi » di quello contravvenzionale. Per il primo, infatti, non vi è sospensione condizionale della pena; il termine prescrizionale è di cinque anni, quindi superiore; infine, il ventaglio delle sanzioni accessorie è molto più ampio.

Approfondendo la riflessione sulle contraddizioni interne alla legge, volendo militare a favore di una scelta per i delitti, basta sottolineare che essendo la contravvenzione di per sé estinguibile con l'oblazione non era forse opportuno introdurla in un settore ove certamente le capacità economiche non mancano e dove in questo modo la pressione della sanzione penale è sostanzialmente vanificata. Diverse di queste contravvenzioni, infatti, sono punite con pena alternativa o con la sola ammenda.

Anche la CEE ha dovuto prendere atto che in questi ultimi anni i mercati dei valori mobiliari hanno assunto un ruolo di indicatore economico attendibile e con le successive direttive nn. 279/79, 390/80 e 121/80 ha spinto il legislatore italiano a rivedere l'intera materia. Con la legge n. 281 del 4 giugno

(1) Sul tema non sono mancate acute riflessioni, FIORE, *Decodificazione e sistema dei beni giuridici*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano 1987, p. 79: « Meriti o meno la denominazione di 'decodificazione'... certo è che le dimensioni e le caratteristiche della legislazione speciale, imperfettamente coordinate con le caute iniziative di depenalizzazione, si sono risolte in un ulteriore fattore di ipertrofia penale, traducendosi nella proliferazione di fattispecie penali-amministrative... che hanno ingigantito il 'diritto penale accessorio', rendendolo di fatto un serbatoio di bagatelle e contrapponendolo, di riflesso, al diritto penale 'classico' (Paliero, 1984), ad onta della indubbia rilevanza delle esigenze di tutela a cui si intendeva volta per volta provvedere ».

(2) Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, del 19 dicembre 1983, in *Gazzetta Ufficiale* n. 22 del 23 gennaio 1984.

1985 sono stati apportati ulteriori correttivi ed integrazioni alla precedente l. 216/74.

Con la legge in vigore è stato introdotto un numero rilevante di ipotesi contravvenzionali, ma la più interessante da un punto di vista strutturale, per i prevedibili riflessi applicativi e giurisprudenziali, resta l'ipotesi di cui agli aa. 7 e 8 ove, con il primo viene dettato il precetto, mentre col secondo la relativa sanzione (3).

I b) *I soggetti attivi del reato.* — La fattispecie incriminatrice prevista agli aa. 7 e 8, prodotti di uno sforzo riformulativo dei precedenti aa. 5 e 5 bis l. 216/74, pone da un punto di vista esegetico e strutturale non pochi problemi.

È appena il caso di ricordare che la produzione giurisprudenziale che ha ad oggetto la materia dei reati contenuti nella legge CONSOB rientra nella competenza esclusiva della Sez. VII della Pretura di Roma (4).

Si è detto, quindi, dell'interesse rivestito dal reato previsto agli aa. 7 e 8 l. 281/85. Questa contravvenzione ha un ruolo paradigmatico rispetto alla

(3) A. 7. - L'a. 5 del d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 giugno 1974, n. 216, è sostituito dal seguente:

« A. 5. — Tutti coloro che partecipano in una società con azioni quotate in borsa, o ammesse alle negoziazioni nel mercato ristretto, *in misura superiore al 2 per cento del capitale di questa*, nonché le società con azioni quotate in borsa o ammesse alle negoziazioni nel mercato ristretto che partecipano in una società le cui azioni non sono quotate in borsa o ammesse alle negoziazioni nel mercato ristretto o in una società a responsabilità limitata *in misura superiore al 10 per cento del capitale di questa*, devono darne comunicazione scritta alla società stessa ed alla Commissione nazionale per le società e la borsa entro trenta giorni da quello in cui la partecipazione ha superato il detto limite percentuale. Le successive variazioni della partecipazione devono essere comunicate entro trenta giorni da quello in cui la misura dell'aumento o della diminuzione ha superato la metà della percentuale stessa o la partecipazione si è ridotta entro il limite percentuale. *(omissis)*

Le comunicazioni si considerano eseguite nel giorno in cui sono state consegnate o spedite per lettera raccomandata.

Il diritto di voto inerente alle azioni o quote per le quali sia stata omessa la comunicazione non può essere esercitato (omissis)».

A. 8. — Dopo l'a. 5 del d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 giugno 1974, n. 216, è aggiunto il seguente articolo:

« A. 5 bis. — L'omissione delle comunicazioni di cui ai precedenti aa. 4 bis e 5 è punita con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda da lire 2 milioni a lire 20 milioni; la stessa sanzione si applica per le comunicazioni eseguite con un ritardo superiore a trenta giorni; per le comunicazioni eseguite con un ritardo non superiore a trenta giorni si applica l'ammenda da lire un milione a lire 20 milioni; per le comunicazioni contenenti indicazioni false, se il fatto non costituisce reato più grave, si applica l'arresto fino a tre anni.

Per le violazioni dell'obbligo di alienazione previsto dal penultimo comma del precedente a. 5, si applicano le pene stabilite nel secondo comma dell'a. 2630 del codice civile ».

(4) Si parla, infatti, di produzione « sezionale », in proposito: BRICOLA, *Profili penali dell'informazione societaria*, in *CONSOB L'istituzione e la legge penale*, Milano 1987, p. 117: « La locuzione 'sezionale' usata ha un suo margine di ambiguità che va fin da questo momento dissolto. Con la stessa non si vogliono rifrangere sulla giurisprudenza in questo settore connotati di 'sezionalità' dell'ordinamento del mercato mobiliare, o che, quanto meno taluno vorrebbe propri dello stesso, quanto piuttosto si vogliono segnalare alcune peculiarità interpretative e applicative di tale filone giurisprudenziale; peculiarità che non hanno certamente nulla di anomalo ma che rappresentano, in un settore di reati omissivi propri e per di più contravvenzionali, segnali di un atteggiamento pigro e meno rutinario di quello imperante in altri settori ».

serie di contravvenzioni previste dalla stessa legge. Il legislatore ha creato una fattispecie del tutto identica per struttura, funzione, natura giuridica del reato e criteri di individuazione del soggetto obbligato a precedenti ipotesi di reato che già in passato avevano suscitato vivo contrasto sia in giurisprudenza che nel dibattito scientifico. L'analogia è immediata con l'a. 2626 c.c. in tema di omessa, o tardiva, o incompleta esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi, in materia societaria.

L'a. 7 incrimina la condotta del soggetto obbligato il quale non comunica alla CONSOB che la propria partecipazione azionaria nell'ambito di società supera il due per cento del capitale sociale (se si tratta di società quotate in borsa) ovvero il dieci per cento se si tratta di società non quotate. Tale comunicazione va compiuta entro 30 gg. dal sorgere dell'obbligo.

Il successivo a. 8 prevede una graduazione della sanzione rispetto alla *mancanza assoluta della comunicazione*, al *ritardo della effettuazione della stessa* o, addirittura, al caso di *falsa comunicazione*. Accanto alla sanzione penale è prevista, infine, anche una misura di tipo amministrativo-civilistico: la decadenza dal diritto di esercizio del voto nell'assemblea degli azionisti.

Nella vecchia formulazione dell'a. 5 l. 216/74 si era senza ombra di dubbio in presenza di un reato proprio in quanto individuava, quali soggetti obbligati alla comunicazione, le persone fisiche che all'interno della società rivestono particolari qualifiche, vale a dire gli amministratori. Nell'attuale a. 7, invece, la categoria dei soggetti obbligati è molto più ampia. Accanto ai soggetti cui incombe tale onere all'interno della complessa struttura societaria, sono tenuti all'obbligo di comunicazione « *tutti coloro* che partecipano ad una società con azioni quotate in borsa ». Evidentemente la già sottolineata importanza del mercato borsistico nel panorama economico ha inciso anche sulla scelta adeguata della sanzione che in questo caso può essere definita « a gravità progressiva », perché si adegua alla gravità dell'inadempimento.

Il problema della individuazione del soggetto obbligato alla comunicazione è posto in termini nuovi dall'a. 7 l. 281/85. Come si è già detto l'obbligato può essere: a) chiunque abbia partecipazioni in società per azioni quotate in borsa; b) colui che all'interno della società, che possiede azioni di società quotate in borsa, sia titolare della funzione di comunicazione per effetto di attribuzione da parte dello statuto societario oppure per delibera *ad hoc* dell'assemblea dei soci.

La modifica soggettiva della fattispecie offre spunti interpretativi nuovi in quanto modifica radicalmente la posizione del soggetto obbligato. Il vecchio a. 5 l. 216/74 indicava espressamente *gli amministratori* come soggetti obbligati alla comunicazione delle maggiori azioni, con ciò delineando un *reato proprio*. La scelta innovativa operata con l'a. 7 va letta anche in trasparenza, perché riferendosi il precetto a « *tutti coloro* che partecipano etc. », a nostro avviso, sembra avere accolto la recente impostazione giurisprudenziale della « delega di funzioni ». Ed infatti, l'a. 5 non indica più gli amministratori — come effettivamente avviene per altre norme della medesima legge — come ulteriore categoria di obbligati, ma genericamente si limita ad imputare alla società nel suo complesso l'obbligo di comunicazione. Ne nasce in questo modo, sempre a nostro avviso, un reato che potrebbe dirsi « funzionale », nel senso che il titolare dell'obbligo dovrà essere individuato di volta in volta, attraverso i poteri concretamente esercitati, non già per qualifiche formali soggettive.

È evidente che la delega dell'obbligo deve comunque essere compatibile con i principi istituzionali del diritto societario, onde evitare che tale obbligo possa essere eluso attraverso migrazioni fittizie in capo a soggetti che non potrebbero in alcun modo risponderne. In presenza di un difetto di attribuzione o di delega di funzioni anomala l'obbligo continuerà a gravare sempre sull'amministratore.

La giurisprudenza ha precisato, con particolare chiusura rispetto a scelte innovative, che la delega della funzione di comunicazioni è inscindibilmente connessa con lo svolgimento dei compiti istituzionali. Si ritiene da parte di questa che tale delega ha efficacia limitata nell'ambito del vertice societario e per ciò non possa avere capacità espansiva all'esterno. Tale assunto, viene sostenuto, è in armonia con la disciplina del codice civile che imprescindibilmente prevede attribuzioni specifiche agli organi di amministrazione. Per cui, mentre si potrebbe accettare una delega all'interno del consiglio di amministrazione, dovrebbe escludersi qualsiasi incarico a professionista o soggetto comunque esterno alla categoria societaria ed istituzionale (5).

Tale assunto verrebbe confermato dalla disciplina dell'a. 2381 c.c. che coordinato con i principi generali in materia di società, conduce alla delimitazione fisiologica dell'area di attribuibilità della delega di obblighi informativi. Tali compiti sono precipui del vertice societario e le stesse informazioni non possono non essere note all'organo che gestisce la società. Appare significativa a proposito una decisione del 1984: « In caso di 'delega' di funzioni, che hanno ad oggetto le comunicazioni alla CONSOB, a soggetti estranei al consiglio di amministrazione, la responsabilità penale per la violazione degli obblighi rimane a carico degli amministratori deleganti, mentre i soggetti delegati sono esenti da ogni responsabilità » (6). A nostro avviso è senza pregio ed assolutamente privo di fondamento normativo l'assunto di tale giurisprudenza. Evidentemente le sentenze citate, finora pubblicate, sono coeve alla vecchia o poco successive alla nuova disciplina per cui non hanno ancora preso in esame la nuova prospettiva della norma. Il richiamo all'a. 2381 c.c., peraltro, ci sembra inconferente fra l'altro in considerazione del fatto che la disposizione citata disciplina la delega di *attribuzioni proprie*, e qui invece si deve ancora dimostrare il presupposto: e cioè che si tratti di compiti esclusivi degli amministratori.

Pertanto, se non può sussistere dubbio che la legge fa obbligo, con una formulazione letterale che può lasciare adito ad equivoci, alla società di « comunicare », e se ancora non può dubitarsi che gli amministratori per il fatto stesso di costituire anche all'esterno il referente di tutte le notizie sulle condizioni economiche della società sono tenuti a provvedere nei sensi indicati dall'a. 7 in esame, ciò non significa che si tratti di adempimenti lasciati alla com-

(5) Pret. Roma, Sez. VII pen., 26 novembre 1985, Cilia, in *CONSOB*:... cit., p. 288. Vi si legge: « La delegabilità è nella materia in esame soltanto 'interna', cioè *intra administratores*, per la necessaria ed inscindibile connessione che i compiti informativi assumono rispetto alle competenze istituzionali della carica societaria da cui non possono essere disgiunti, diversamente da altri compiti che, pur obbligatori, possono essere trasferiti ad idoneo sostituto collaboratore perché non necessariamente compresi nella competenza istituzionale dell'organo amministrativo... ».

(6) Pret. Roma, Sez. VII pen., 12 gennaio 1984, in *Foro amm.*, 1987, II, p. 189.

petenza esclusiva di questi. Si tratta, infatti, pur sempre di adempimenti formali che opportunamente delegati possono essere realizzati da estranei al consiglio di amministrazione.

D'altra parte, quando la legge ha inteso porre determinati obblighi a carico *esclusivo* degli amministratori (es. aa. 2390, 2391 etc.) lo ha detto espressamente e non si è mai riferita alla « società » per intendere i responsabili della stessa come destinatari esclusivi di determinati obblighi.

Graverà bensì sugli amministratori il dovere di mettere al corrente, con le modalità che si riterranno idonee, il soggetto designato di tutte le informazioni necessarie, così che l'amministratore stesso sarà esente da responsabilità non solo quando avrà trasferito in modo formalmente corretto tale potere, ma anche quando avrà compiuto tutte quelle attività necessarie a garantire l'adempimento dell'obbligo imposto dalla legge.

1 c) *Il bene giuridico tutelato e la presunta natura permanente della contravvenzione.* — La determinazione dell'oggetto della tutela non può prescindere dal fatto che le forme di protezione del mercato mobiliare trovano sicuro referente nella Carta costituzionale. Non sono mancati fino ad oggi interventi di analisi che riportano la materia azionaria sotto la previsione dell'a. 47 Cost. (7), così come non sono mancate pregevoli elaborazioni che hanno escluso la riconduzione a tale norma costituzionale (8). Invero, riteniamo che la prima impostazione sia la più corretta, pur con la precisazione che la norma costituzionale ha natura essenzialmente programmatica e non esaurisce la sua funzione in una ridotta area di precettività.

In dottrina, comunque, rimane vivo il dibattito in ordine alla necessaria individuazione dei beni giuridici in tutte le norme penali poste a salvaguardia di materie quali il credito e l'impresa. Tali materie, insieme ad altre quali l'ambiente, l'assetto del territorio, ed altro, rappresentano la categoria dei c.d. beni emergenti. Va sottolineato con decisione che il legislatore non può e non deve adottare sanzioni penali se non quando è in grado di individuare con sufficiente determinatezza il bene giuridico da proteggere che non sia in contrasto con i beni costituzionali, ma quantomeno compatibile. In caso contrario ci troviamo di fronte a false fattispecie penali, in realtà amministrative che nulla possono valere in termini di offensività penale.

Si è detto innanzi della circolare della Presidenza del Consiglio come strumento guida per legiferare in materia penale. Tale normativa ha accolto principi già presenti nelle elaborazioni della dottrina (9). Il ricorso alla sanzione penale è condizionato a due presupposti: *proporzione* e *sussidiarietà*. La *proporzione* è il rapporto che corre tra la qualità dell'interesse da tutelare ed il tipo

(7) GUERNINI, *La tutela penale del mercato azionario*, Padova 1984, p. 16. Il disposto costituzionale prevede che la Repubblica « favorisce l'accesso del risparmio popolare... al diretto ed indiretto investimento azionario ».

(8) SEMINARA, *Insider trading*, Milano 1989, p. 294. L'autore sostiene che: « Tuttavia, da un lato tale collegamento appare problematico a causa dei lavori preparatori sull'a. 47, che dimostrano come la nozione di risparmio venne intesa in modo assai ristretto, certo non ricomprendente ogni ipotesi di investimento nel capitale di un'impresa ».

(9) Tutto ciò è lucidamente sostenuto dal PADOVANI, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in AA. VV., *Beni e tecniche...* cit., p. 90 ss.

e la misura della sanzione da prevedere. La *sussidiarietà*, invece, giustifica il ricorso alla sanzione penale perché considerata *extrema ratio* dell'intervento.

Ebbene, la previsione di reati per offese di minima importanza svisciva il ruolo della sanzione penale perché scardina il sistema di graduazione della sanzione esistente nei vari sotto-ordinamenti. I riflessi di una errata previsione della sanzione penale utilizzata in funzione diversa da quella che gli assegna l'ordinamento, ricadrebbero anche sulla effettività ed efficacia della pena da irrogare. Si vanificherebbe, quindi, l'esigenza generalpreventiva o di deterrenza della sanzione penale se questa non fosse calibrata in relazione all'interesse da proteggere (10).

Nel caso in esame vi è una identità di beni sottesi a tutta la disciplina prevista dalla l. 281/85. Possiamo, pertanto, indicare tre interessi protetti dal legislatore penale: la veridicità e completezza delle informazioni relative all'assetto delle partecipazioni societarie, al fine di garantire quello che poi è il vero bene-interesse della normativa in esame; la trasparenza del mercato mobiliare dei titoli azionari; ed il funzionamento secondo regole di correttezza del mercato stesso.

Gli aa. 7 e 8, in particolare, sono posti a garanzia delle informazioni che la CONSOB deve ottenere su coloro che partecipano al mercato azionario. Tale forma di « squarciamento dei veli » pone in una situazione di garanzia rispetto alle operazioni transattive coloro che materialmente intervengono nelle trattazioni di borsa.

Il discorso sul bene giuridico riveste in questa ipotesi una particolare rilevanza perché da parte della giurisprudenza è posto in rapporto alla natura giuridica del reato di omesse, ritardate o false comunicazioni alla CONSOB. La Pretura di Roma competente ritiene, infatti, di ravvisare una ipotesi di reato permanente: « La fattispecie di reato prevista all'a. 5 della l. 7 giugno 1974, n. 216, ha *natura di reato permanente* perché l'obbligo di comunicare alla CONSOB le partecipazioni rilevanti si protrae per tutta la durata del possesso in relazione alla conoscenza degli assetti azionari che spetta alla commissione ai fini dell'esercizio dei suoi vari poteri di intervento e controllo... » (11). Tale assunto in considerazione del fatto che si tratterebbe di un bene comprimibile che riacquista, cioè, la sua originaria ampiezza, una volta che il soggetto agente ripristina la situazione precedente. Ed è noto che, secondo un certo orientamento (12), questa sarebbe una caratteristica saliente del c.d. reato permanente, contrapposto al reato istantaneo che presupporrebbe invece la lesione irrimediabile del bene come conseguenza della condotta del colpevole.

(10) Puntualmente in proposito MOCCIA, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito*, in AA.VV., *Beni e tecniche...* cit., p. 99 ss.

(11) Pret. Roma, Sez. VII, 19 novembre 1985, Bagni, in *CONSOB...* cit., p. 291. Ed ancora: Pret. Roma, Sez. VII, 19 novembre 1985, Garberini, in *CONSOB...* cit., p. 291: « L'a. 5 della l. 7 giugno 1974, n. 216, contempla un reato a consumazione permanente perché l'obbligo di comunicazione permane per tutta la durata del possesso e per tutto il tempo susseguente alla dismissione fino a notizia pervenuta per altra via alla CONSOB, essendo incessante ed inalterata, anche dopo la scadenza del termine di riferimento per la configurabilità del reato di omissione, l'esigenza posta a base della comunicazione obbligatoria di garantire alla Commissione la conoscenza degli assetti azionari rilevanti, ai fini dell'esercizio dei suoi vari poteri di intervento e controllo... ».

(12) CAMPUS, *Studio sul reato permanente*, Sassari 1902, p. 25.

Orbene, nel caso in esame, a nostro avviso, non si è in presenza di un bene comprimibile, bensì « distruttibile ». La trasparenza del mercato potrebbe essere definita come un bene di natura dinamica, perché la sua sussistenza è in rapporto alla funzione transattiva del mercato azionario.

A nostro parere, quindi, il bene giuridico « trasparenza societaria » va riempito di un contenuto anch'esso astratto che è la certezza della qualità e garanzia dell'operazione di transazione. Tale ragionamento acquista validità anche in relazione alle operazioni di *insider trading*, vale a dire « la speculazione su titoli azionari da parte di soggetti interni all'organizzazione societaria i quali, sfruttando il possesso di informazioni non pubbliche ottenute in virtù della propria posizione, sono in grado di anticipare il futuro andamento della società » (13).

Non possiamo essere d'accordo, allora, con la giurisprudenza che ritiene tale reato a struttura permanente e ciò non solo riguardo al bene giuridico protetto dalla fattispecie, ma anche in base ad altre osservazioni che in seguito faremo. Questo tipo di reato, tra l'altro, sarebbe omissivo permanente, perché per la sua realizzazione il soggetto agente deve omettere oppure ritardare le doverose comunicazioni alla CONSOB.

In seguito, comunque, tenteremo di smentire anche sotto questo profilo la tesi del reato previsto all'a. 7 come permanente.

1 d) *Brevi considerazioni sul requisito psicologico nelle contravvenzioni, a proposito del reato in esame.* — Il problema del requisito psicologico nelle contravvenzioni è da attribuirsi certamente all'infelice formulazione degli aa. 42 e 43 c.p. A ben vedere, la prospettiva moderna in cui si muove il diritto penale ed i principi della Carta costituzionale escludono decisamente che il reato contravvenzionale possa essere realizzato solo con coscienza e volontà dell'azione e non anche con dolo o colpa.

Non ha alcun pregio l'assunto secondo il quale la contravvenzione è un reato formale che abbisogna unicamente della realizzazione del fatto senza alcuna implicazione soggettiva, perché in tal modo si finirebbe per tipizzare ipotesi di responsabilità oggettiva. Se la soluzione formale fosse in qualche modo accettabile la responsabilità penale sorgerebbe per il solo fatto che una condotta attivata con coscienza e volontà basterebbe a porre comunque a carico del soggetto agente l'evento che ne consegue. Tutto ciò, naturalmente, porterebbe a non ritenere essenziale la prova del dolo o della colpa.

Avendo cura di leggere in un ordine sistematico gli aa. 42 e 43 c.p. appare sottolineata, invece, la necessità che il modello punitivo contravvenzionale sia realizzato non solo con coscienza e volontà ma che più specificamente sia necessaria la presenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa (14).

In realtà le perplessità suscitate dalla normativa in esame sono state fugate

(13) ALESSI, « *Market egalitarianism* » e « *insider trading* », R. S. 1980, p. 942; SEMINARA, o. c., p. 175.

(14) Secondo la giurisprudenza consolidata nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice del 1930 veniva ritenuta superflua l'indagine sull'elemento soggettivo in ragione di quanto sarebbe sancito dai lavori preparatori al codice penale: *Lav. prep.*, parte I, n. 59, p. 87.

alla luce di una convincente indagine esegetica, prima di ordine sistematico e poi costituzionale (15).

Dunque dolo o colpa, esattamente come accade per i delitti, con le stesse regole dell'accertamento dell'elemento psicologico, anche se con i criteri di configurabilità rovesciati: i delitti sono di regola configurabili a titolo di dolo, per le contravvenzioni è indifferente che il soggetto abbia realizzato il fatto con dolo o con colpa. Ma uno dei due elementi deve essere riscontrato nella commissione del fatto perché questo possa assumere rilevanza penale. Vedremo più avanti come sia importante il contenuto della imputazione soggettiva dettato dalla norma in relazione alla struttura della fattispecie.

Per tornare ora al nostro tema, non potrà sfuggire che l'a. 7, l. 281/85, prevede una ipotesi speciale di falso, in ordine alla comunicazione alla CONSOB, che non sembra possa trovare consonanza con il modello colposo: sia perché il « mendacio colposo » non trova riscontro nell'attuale disciplina prevista dal codice (16), sia perché, per motivi che sono comuni a tutte le altre contravvenzioni del settore imprenditoriale, si finirebbe per contraddire la tradizionale impostazione secondo la quale l'adozione di reati colposi finirebbe per ostacolare eccessivamente, ed oltre tollerabili misure, il settore dell'attività economica (17).

Ma non è l'unico problema, perché emerge la necessità di trovare sincronia tra una struttura omissiva permanente rispetto alla condotta colposa. Per tali ordini di motivi trova un limite la *Gleichstellung*, come viene definita dalla dottrina tedesca, ossia la indifferente configurabilità a titolo di dolo o di colpa. Evidentemente la scelta operata dal legislatore « della responsabilità per colpa potrebbe risultare dettata dalla (comprensibile) finalità di rendere più agevole l'applicazione della norma » (18).

Prima di passare oltre ci sembra opportuno riprendere brevemente le soluzioni cui siamo pervenuti. Il reato contravvenzionale previsto agli aa. 7 e 8 l. 281/85 presenta interessanti aspetti di natura sostanziale. In sede applicativa si rinvencono i limiti di una scelta legislativa opportuna per la dimensione del fenomeno da controllare, ma inadeguata per le tecniche adoperate. Tra i tanti problemi che la fattispecie incriminatrice presenta, a nostro avviso, è particolarmente interessante quello dell'elemento psicologico rispetto alla struttura del modello contravvenzionale che in questa ipotesi viene definito omissivo-permanente. Sarà il caso di verificare se il modello colposo sia compatibile con la natura permanente, oppure non vi siano asincronie di tipo ontologico.

(15) La necessità di riscontrare il dolo o quantomeno la colpa è stata sostenuta subito dal VANNINI, *Sul c.d. elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 837. Tra i tanti, da ultimo, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, Bologna 1985, p. 202; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1988, p. 442.

(16) MAZZACUVA, *Diritto penale delle società commerciali*, in AA. VV., *Beni e tecniche...* cit., p. 219: « Si aggiunga, oltretutto, che sul piano pratico la scelta di attribuire rilievo penale anche al mendacio colposo non si è dimostrata affatto decisiva, essendo stata praticamente ignota nell'applicazione giurisprudenziale ».

(17) MAZZACUVA, o. c., p. 219.

(18) MAZZACUVA, o. c., p. 220.

2. LA PROBLEMATICHE DEL REATO PERMANENTE.

2 a) *La definizione.* — Il reato permanente non cessa di essere un tema di indagine interessante e fecondo, anche in ragione delle scelte normative operate frequentemente dal legislatore.

Osservando attentamente la legislazione penale complementare degli ultimi anni non si può non riconoscere, inoltre, che lo sforzo di normazione non è nel senso della chiarezza, essa risponde, sostanzialmente, ad una esigenza di compromesso tra punti di vista di politica legislativa estremamente eterogenei. La linea di tendenza accentua un ruolo particolarmente repressivo in chiave di politica criminale, con l'adozione di fattispecie di reato dove l'assemblaggio dei diversi elementi normativi non sempre soddisfa la natura giuridica del fatto che il legislatore si proponeva attribuirvi.

Le predette incongruenze si colgono nella ponderosa legislazione penale posta a tutela del bene ambiente. Il legislatore ha posto in questa materia una serie di ipotesi contravvenzionali con il dichiarato intento di costruirle a titolo di reato permanente. Vedremo più avanti, però, che tali formulazioni contengono in sé elementi, in fondo, non coerenti col modello permanente.

È opportuno aggiungere che la legislazione talvolta determina incertezze nei riguardi della fattispecie perché la figura del reato permanente non ha una sua netta ed irreversibile definizione. La giurisprudenza, per la connaturale esigenza di immanenza al reale, ne ha colto sola una parte, quella meno problematica, dell'essenza della permanenza ed a ben riflettere nella produzione giurisprudenziale si ritrovano individuati in maniera netta i connotati essenziali (19).

Il disagio interpretativo, a nostro avviso, è generato dal fatto che il legislatore non è sempre fedele ad un modello di reato permanente, ma crea con successivi interventi normativi tanti « reati permanenti ». Questo assunto è ormai acquisito dalla dottrina che anche recentemente ha sottolineato la necessità di rivisitare l'intera problematica (20).

(19) Cass. 24 gennaio 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, m. 101: « Sono reati permanenti quelli per la cui esistenza la legge richiede che l'offesa al bene giuridico si protragga nel tempo per effetto della persistente condotta volontaria del soggetto, in modo che il soggetto stesso è in grado di porre fine a tale situazione. Il reato permanente si perfeziona con la realizzazione del minimo di mantenimento della situazione offensiva e si consuma nel momento in cui cessa la condotta volontaria del mantenimento non solo nel caso in cui l'agente compia l'azione che pone fine alla situazione offensiva, ma anche per la sopravvenuta impossibilità di compiere tale azione ».

Cass., Sez. II, 28 marzo 1983, in *Mass. uff.*: « I reati istantanei sono quelli nei quali l'azione antiggiuridica si compie e si realizza definitivamente col verificarsi dell'evento, cosicché in tale momento il reato stesso viene ad esaurirsi. Sono permanenti i reati in cui, nonostante il realizzarsi dell'evento, gli effetti antiggiuridici non cessano, ma permangono nel tempo per l'impulso di una intenzionale condotta commissiva dell'agente. Sono ad effetti permanenti i reati in cui gli effetti antiggiuridici permangono nonostante il conseguimento dell'evento, in forza di una volontaria condotta permissiva del colpevole che, pur essendo in grado di eliminarli, si astiene dal farli cessare. Il criterio distintivo fra le tre dette categorie di reati va quindi individuato in riferimento alla circostanza che il verificarsi dell'evento coincida con la cessazione dei suoi effetti (reati istantanei), ovvero che tali effetti permangano anche dopo la realizzazione dell'evento in conseguenza di una intenzionale attività commissiva (reati permanenti) od omissiva (reati ad effetti permanenti) dell'agente ».

(20) RAMPIONI, *Reato permanente*, in *Encicl. dir.*, Milano 1987, vol. XXXVIII, p. 857.

Una definizione *stricto jure* il codice non offre del reato permanente, perché in realtà non esiste un « istituto », ma a differenza di altre forme, quali ad esempio il reato progressivo, il legislatore si è preoccupato di prendere l'ipotesi in considerazione seppure in via indiretta. È dato, così, trovare una serie di disposizioni, sia nel codice di diritto penale sostanziale che nel codice di rito, nelle quali certamente, non in modo descrittivo, ma per relazione analogica si ricavano gli elementi costitutivi.

Da un attento esame svolto sulla legislazione vigente risulta che mentre alcune disposizioni disciplinano espressamente l'ipotesi della permanenza, altre, pur non enunciandola tassativamente, fanno indiretto riferimento a tale forma di reato.

Nel primo gruppo si annovera l'a. 158 c.p., l'unico del codice di diritto sostanziale ad indicare « nominativamente », al primo comma, il reato permanente ai fini della decorrenza del termine prescrizione. In altre disposizioni, invece, sono contenute le regole generali utili per tutte le forme di reato e, quindi, anche per quello permanente. Tali norme sono: l'a. 169 c.p. sul perdono giudiziale e gli aa. 192 e 193 c.p. riferiti agli atti — gratuiti od onerosi — compiuti dal colpevole dopo il reato (21).

Del secondo gruppo fanno parte le norme del codice di rito penale che espressamente sanciscono la disciplina processuale del reato permanente. Il vecchio a. 237 c.p.p. ne faceva cenno al 1° comma per il quale il reato era flagrante finché non fosse cessata la permanenza. L'attuale a. 382 c.p.p. riprende — al 2° comma — l'ipotesi con una importante precisazione: « nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza ». In tal modo, a nostro avviso, sembra più esplicita la coincidenza tra la situazione anti-giuridica tipica della permanenza e lo stato di flagranza.

Se ne occupava ancora l'a. 39, 2° comma, c.p.p. ed attualmente con identica disciplina l'a. 8, 3° comma, c.p.p., in ordine alla individuazione del giudice competente territorialmente a conoscere del fatto.

È opportuno sottolineare come il codice di rito sia più ricco di previsioni e soprattutto più preciso del codice di diritto sostanziale, quasi a significare che il reato permanente ponga più problemi di applicazione, per alcuni profili, che sostanziali, di struttura (22).

(21) « Una soluzione particolare richiede il problema dell'efficacia degli atti negoziali compiuti dal colpevole di un reato. Se questi siano compiuti dopo l'inizio del periodo consumativo, a noi pare che debbano ricadere sotto gli aa. 192 e 193, che prevedono l'ipotesi di atti compiuti dal colpevole dopo il reato.

La soluzione qui, più che dall'incerta espressione della legge, è dettata dalla finalità che tali norme si propongono. Se esse tendono a colpire tutta quell'attività negoziale fraudolenta, compiuta dall'agente dopo la esecuzione del reato allo scopo di sottrarsi alle sanzioni civili, è chiaro che in niun caso come quello di atti compiuti dopo l'inizio del periodo consumativo spira da ogni lato quell'atmosfera di fraudolenza che la legge prevede e punisce.

D'altra parte, poiché due sono i casi contemplati dal codice: atti commessi prima del reato ed atti commessi dopo, sarebbe manifestamente assurdo voler retrotrarre tali atti ad un momento precedente al reato, quando siano compiuti durante il periodo consumativo di un reato permanente. », in LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli 1933, p. 478.

(22) Effettivamente il nuovo codice di procedura penale propone specificazioni a istituti del codice di diritto sostanziale, si veda, ad esempio, la disciplina dell'a. 12 sulla connessione in tema di reato continuato. Nel caso del reato permanente, peraltro, indirettamente

Emblematiche, dunque, appaiono le ipotesi previste agli aa. 416 e 582 c.p. Nel caso dell'associazione per delinquere il legislatore costruisce l'illecito intorno ad una situazione che non si esaurisce istantaneamente, ma presuppone una durata apprezzabile, appunto la volontà ed il fatto di rimanere all'interno del sodalizio criminoso. Diversamente accade per l'a. 582 c.p. laddove la formulazione non reca in sé quale elemento costitutivo uno stato perdurante, ma sanziona soltanto un fatto che si esaurisce istantaneamente, appunto la lesione. Le conseguenze traumatiche derivanti da questa sussistono fuori della fattispecie incriminatrice, così che la malattia — che impegna un lasso di tempo — è solo l'effetto della condotta lesiva.

La dottrina tradizionale esige l'accertamento di una condotta persistente ovvero che il bene giuridico protetto dalla norma avesse natura comprimibile. Con l'introduzione di nuove fattispecie si è notato come diviene importante e quale funzione svolga la previsione normativa, ad esempio, di un termine essenziale. Non è senza ragione l'intervento della legge di assegnare un termine ad una situazione che altrimenti si riprodurrebbe sempre eguale a sé stessa per un tempo, forse, indefinito. Evidentemente le esigenze concrete di protezione di diritti o di aspettative di terzi sollecitano una puntualizzazione temporale. È per questo che bisogna riflettere sull'autentica funzione che svolge tale termine nel quadro del fatto tipizzato all'a. 7 l. 281/85 (23). Proprio per la presenza di tale termine, che è elemento essenziale della fattispecie, vedremo che la struttura del reato permanente è sostanzialmente diversa da quella del reato omissivo proprio.

Un tema da sempre sottovalutato in dottrina e giurisprudenza è quello dello studio del requisito psicologico in rapporto al modello permanente. Da qui l'interrogativo se può o deve essere sempre e soltanto doloso, oppure esista il reato permanente colposo. L'argomento acquista rilevanza nello studio delle ipotesi contravvenzionali realizzabili soprattutto a titolo colposo. Preliminarmente è il caso di sottolineare che il profilo ontologico del reato permanente esige che vi sia una persistente condotta volontaria del soggetto che consenta allo stesso agente di porre fine alla situazione offensiva che ha determinato. In virtù di questo rapporto condotta-fine diventa poco agevole trovare una adeguata collocazione al requisito della colpa (24).

Ritornando alla nozione, solo con il Carrara si giunge ad una sistemazione concettuale moderna e più corretta di tale forma di reato. In precedenza, infatti, già dal diritto romano, la permanenza veniva ritenuta una sottocategoria della continuazione, anche se quest'ultima era stata definitivamente inqua-

viene a delineare tale forma di reato nei suoi connotati strutturali, proponendo, così, una lettura sistematica con il codice penale. Interessante è anche il riferimento alla permanenza sancita dall'a. 377 c.p.m.p. ove si dice della « cessazione della permanenza », a voler sottolineare una situazione e non soltanto una condotta.

(23) Anticipando brevemente quanto si dirà in seguito, con il termine « essenziale » il legislatore intende imporre all'attenzione del soggetto obbligato l'esigenza e la necessità che i terzi siano sufficientemente informati circa l'attività societaria. Il termine, pertanto, svolge una funzione di rafforzamento dell'obbligo legale, assumendo un contenuto di carattere sostanziale in grado, cioè, di modificare la struttura di un reato.

(24) RAMPIONI, *o. c.*, p. 859.

drata (25). Le due forme di reato venivano distinte secondo la continuità morale, per il reato continuato; e la continuità fisica, per il reato permanente (26).

Il Carrara, invece, seppure inserendolo sotto il capitolo dedicato al *delitto continuato*, per la prima volta traccia una decisa distinzione tra quei delitti che presuppongono una pluralità di violazioni ognuna di per sé compiuta, e quelli che per essere compiuti hanno necessità di una violazione che si snoda in un lasso di tempo (27).

Gli sviluppi successivi hanno condotto ad una decisa autonomia del reato permanente, ed un notevole contributo in tal senso è stato offerto dalle codificazioni che si sono succedute. Si è giunti in questo modo ad un assetto normativo soprattutto per il reato continuato che così come viene disciplinato all'a. 81, 2° comma, c.p. non lascia più alcuna ombra di dubbio (28).

Volendo quindi avanzare per esigenze di sintesi una definizione che tenga conto degli sviluppi dottrinali del tema, il reato permanente può essere definito come quella *forma di reato, che si pone in essere attraverso una condotta normativamente unitaria ed ininterrotta* (29) *che crea uno stato antiggiuridico consistente nella compressione di un bene giuridico per sua natura non distruttibile* (30); *che cessa quando cessa la condotta volontaria tenuta dall'agente* (31).

(25) Anche la dottrina tedesca successivamente ritenne la permanenza una ipotesi speciale di continuazione. Si partiva dalla considerazione che la condotta ininterrotta, che si traduceva in effetti permanenti, sostanzialmente una forma di reato che sicuramente era continuato proprio per il numero delle violazioni compiute, ed in modo ancor più peculiare permanente, per questo permanere degli effetti della condotta. Ampia trattazione si trova in: EGENOLF, *Das dauer und Zustandsverbrechen*, Bonn 1914.

(26) ORTOLAN, *Elements de droit penal*, Parigi 1863, vol. I, p. 579.

(27) « La nozione del delitto continuato (nel senso almeno con cui si è sempre intesa dai pratici italiani) presuppone la ripetizione di più azioni, ciascuna delle quali presenti una perfetta violazione di legge. Quando il delinquente persevera nelle congreghe ribelli, nel godimento del possesso usurpato, nella ingiusta detenzione del cittadino, nell'abuso doloso di cosa altrui, tale prosecuzione del delitto, se può mostrare la perseveranza del pravo animo, non sviluppa però ulteriormente violazioni di legge. Qui non può nascere dubbi che si tratti di più di un delitto. La prosecuzione consiste nel tener vivi gli effetti del primo delitto in modo quasi negativo, piuttosto che un rinnovamento di azione in cui veramente sia una seconda infrazione della legge. », in CARRARA, *Programma*, Lucca 1863, p. 225.

L'unitarietà strutturale del reato permanente, quale specifico naturale di tale modello, è accolta anche in giurisprudenza, Cass., Sez. II, 5 giugno 1981, in *Mass. uff.*: « Il reato permanente ha struttura intrinsecamente unitaria, che non è possibile scomporre in una pluralità di reati, essendo unico il bene leso nel corso della durata dell'azione od omissione, così da rendere inoperante l'intervento di cause estintive, che operano solo se la permanenza è cessata ».

(28) Ormai la giurisprudenza fa applicazione sicura dei concetti enunciati, v. Cass., Sez. II, 28 marzo 1983, in *Mass. uff.*: « A differenza del reato continuato il reato permanente ed il reato ad effetti permanenti hanno per presupposto l'esistenza di un solo reato, realizzato con una sola attività criminosa dell'agente, protratta nel tempo fino all'esaurimento finale dei suoi effetti antiggiuridici, che non può essere frazionata in diversi episodi delittuosi e perciò non consente una scissione agli effetti dell'applicazione dell'amnistia ».

La sicura distinzione conduce, peraltro, ad individuare casi in cui l'una forma si innesta sull'altra. L'esempio è in tema di associazione per delinquere, reato per sua natura permanente, che può essere avvinto dal vincolo della continuazione ai reati « scopi » compiuti dal sodalizio criminoso.

(29) Per tutti v. RAGNO, *I reati permanenti*, Milano 1960, p. 50.

(30) CAMPUS, o. c., p. 25.

(31) Per tutti v. MANZINI, o. c., p. 701.

realizzando così un evento (32) che appare quando inizia la lesione del bene protetto e cessa quando tale stato di compressione viene a cessare, coincidendo tale periodo con la consumazione (33) del reato che deve essere realizzato a titolo di dolo o anche a titolo di colpa; in quest'ultima ipotesi però soltanto quando il legislatore abbia normativizzata una tale eventualità (34).

2 b) *La natura del bene giuridico tutelato dalla norma ai fini della permanenza.* — La natura del bene tutelato nelle posizioni tradizionali costituisce l'elemento decisivo (o forse unico) per l'individuazione della natura permanente di un reato. Appare superfluo ripercorrere l'itinerario di tutto quanto è stato scritto in proposito; è utile, però, rivedere brevemente in chiave problematica tale elemento. Una interessante prospettazione in ordine alla differenza tra reato permanente e reato istantaneo riteneva decisivo individuare nella fattispecie quei diritti suscettibili di essere soltanto compressi, ma non distrutti o diminuiti (35).

Tale proposizione venne successivamente rielaborata in chiave teleologica dal Leone (36), il quale ne offrì in questo modo una correlazione costituzionale.

L'esistenza di un bene comprimibile come oggetto tutelato da reati permanenti in talune circostanze è innegabile. L'esempio più comune è il bene della libertà personale, per suo specifico temporaneamente riducibile, come nell'ipotesi del sequestrato che una volta riacquistata la libertà vede pienamente recuperato tale suo diritto. La similitudine è scontata se si ricorre all'ipotesi del diritto di proprietà che in quanto diritto reale ha natura elastica, così che una volta limitato dalla costituzione su di esso di un diritto di usufrutto, ad esempio, recupera la sua originaria ampiezza allorché quest'ultimo si estingue.

Fino ad ora, però, si è detto in che modo andrebbe caratterizzato un reato permanente. Orbene, secondo un'analisi casistica vi sono delle previsioni legislative che, seppure inquadrare in tale categoria, sfuggono alla regola del bene giuridico non distruttibile. Tali fattispecie incriminatrici sono state introdotte puntando l'attenzione su altri elementi strutturali che fanno di quel fatto un reato permanente. Così come è vero che vi sono dei beni giuridici che, pur con natura di beni distruttibili, non sono assolutamente incompatibili con uno stato di compressione (37).

(32) LEONE, o. c., p. 423 ss.

(33) Tra gli altri v. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Padova 1956, p. 229 ss.

(34) RAGNO, o. c., p. 54.

(35) « La violazione di quei diritti che per la loro speciale natura non sono suscettibili di essere distrutti o diminuiti, ma solamente ostacolati nel loro libero esercizio o godimento o nella loro realizzazione, producendosi necessariamente per un tempo più o meno lungo sotto forma di un fatto continuo, pone in essere quello stato di compressione del diritto in che si specifica la permanenza dell'infrazione. », in CAMPUS, o. c., p. 25.

(36) LEONE, o. c., p. 387.

(37) Una concreta applicazione si ritrova nella disciplina dei reati di contrabbando che, sebbene riferiti a beni giuridici non comprimibili, tuttavia, sono stati configurati come reati permanenti. Sul punto v. PANNAIN, *Manuale*, Torino 1950, vol. I, p. 342. Ed ancora l'ipotesi del « dovere di fedeltà coniugale », più avanti in nota 39.

È utile a questo proposito introdurre un altro elemento di riflessione e di analisi.

Quando si parla di comprimibilità ovvero di distruttibilità del bene, ci si riferisce all'oggetto materiale o a quello giuridico?

La norma sull'omicidio prevede un fatto aggressivo sul corpo del soggetto passivo e la distruzione del bene della vita individuale. In questo specifico caso nessuno dei due oggetti è comprimibile, ambedue sono distruttibili.

Diversamente per il delitto di furto, nel quale la condotta materiale si rivolge alla cosa mobile, ma l'aggressione riguarda il possesso. Ebbene, soltanto il secondo è certamente comprimibile.

La riprova di tanto è offerta dalla norma speciale sul furto d'uso (a. 626 c.p.) per la quale il soggetto è privato temporaneamente della cosa mobile. La stessa norma ne prevede però la restituzione al legittimo proprietario configurando con questa modalità esecutiva un segmento temporale nel quale il soggetto utilizza la cosa mobile altrui che, in prima approssimazione, potrebbe far pensare alla permanenza (38).

Continuando su tali equivoche direttrici si giungerebbe a ritenere permanentemente un reato che in effetti non lo è. Un esempio significativo è quello della truffa consumata ai danni dell'ENEL per la sottrazione fraudolenta di energia elettrica. Tra la data in cui il soggetto agente pone in essere l'artificio per ridurre la capacità di integrazione del misuratore di energia ed il giorno in cui l'addetto della società ne rileva la misura potrebbe trascorrere un notevole lasso di tempo. Quest'arco temporale potrebbe indurre a ritenere che il soggetto con la sua condotta ha determinato uno stato anti-giuridico — il che è vero — che ben può essere fatto cessare successivamente al rilevamento del consumo da parte del soggetto stesso. Ma tutto ciò è sicuramente inconferente per qualificare quella truffa come reato permanente, perché il suo momento realizzativo viene compiuto nell'attimo in cui viene compilata la bolletta che poi perverrà al titolare della fornitura. A questo istante e soltanto a questo si deve guardare per ritenere realizzata la truffa ex a. 640 c.p. come reato istantaneo, in quanto l'utente continuerà a lucrare vantaggio. Il motivo della natura istantanea risiede sia nell'assetto formulativo predisposto dal legislatore sia nel carattere proprio di quel reato che è per sua costituzione naturale istantaneo.

Nel quadro di incertezze che talvolta si rinviene tra oggetto materiale e bene giuridico si inserisce tutta la normativa complementare ad esempio sui reati ambientali.

Ulteriore elemento di perplessità è rappresentato dal contenuto della c.d.

(38) Tale affermazione è del GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, vol. II, p. 202.

Una tale prospettazione risale al Carrara, il quale non escludeva che talune ipotesi di furto costituissero reati permanenti. È opportuno precisare, però, che tali asserzioni si spiegano, probabilmente, col fatto che il CARRARA, *o. c.*, p. 515, si riferiva ad un diverso ordinamento.

Come va pure detto che nel furto d'uso il soggetto passivo viene spossessato della cosa, sia pure temporaneamente. Per il soggetto passivo, quindi, il bene del possesso non risulta « compresso » o « limitato » ma risulta sacrificato. Ed il fatto che successivamente il possesso della cosa venga recuperato, perché l'agente aveva agito con l'intento di farne uso momentaneo, non incide sugli effetti della sottrazione e sui riflessi di questa rispetto al bene tutelato.

contro-azione che in un caso del tipo citato non sembra possa bastare a restituire il primitivo assetto di salubrità ad un ambiente circostante e comunque si tratta di una condotta che interviene in un momento successivo. Ebbene, in ragione di quanto già detto, partendo da quelle premesse, si dovrebbe concludere che i reati ambientali non sono permanenti perché l'agente non ha il potere di far cessare lo stato antiggiuridico.

Risulta, pertanto, che il bene giuridico non decide sempre della natura permanente del reato. La conferma di tale assunto è offerta lucidamente dal Sabatini (39) secondo il quale *la natura permanente è decisa non solo dalla natura del bene, ma anche dalla durata della violazione.*

2 c) *La concezione bifasica e le altre proposte.* — Va innanzitutto premesso che il precetto del reato permanente si presenterebbe articolato diversamente dai reati che sono certamente istantanei. Da questa constatazione la teoria che si è fatta strada con notevole consenso è quella c.d. bifasica. Il Leone ritiene che: « il precetto si scinde in due: un primo precetto che comanda o vieta una determinata azione; un secondo precetto che comanda la rimozione dello stato antiggiuridico creato con la disobbedienza al primo precetto. Ci troviamo, pertanto, alla presenza di un doppio precetto, o, se si vuole, di un precetto a doppio aspetto, con questa particolarità, peraltro: che il secondo è condizionato al primo, nel senso che in tanto viene in funzione il secondo in quanto è stato disobbedito il primo » (40).

Naturalmente la rimozione da parte dell'agente della situazione dannosa o pericolosa determinata è l'ipotesi regolare di cessazione della permanenza. Esiste però anche una interruzione « forzata » della permanenza che di per sé sola rimuove o compie il secondo precetto: l'interruzione giudiziale. E noi riteniamo che non si verifica soltanto con la sentenza di primo grado, essendo sufficiente un provvedimento giudiziale che impedisca all'agente di rimuovere lo stato. Se, ad esempio, viene emesso un decreto di sequestro che impedisca una attività produttiva dannosa e che pertanto non consenta al titolare di adottare rimedi per l'indisponibilità dell'opificio, viene sottratto all'agente l'oggettiva possibilità di rimuovere lo stato antiggiuridico (41). Non avrebbe in tale ipotesi più alcuna giustificazione l'attribuibilità allo stesso della condotta omissiva di controagire, condannandolo di fatto ad attendere la sentenza di primo grado. In ciò vi è probabilmente la implicita conferma che quando al soggetto viene sottratta la oggettiva possibilità di gestire la condotta in termini finalisticamente contrari, deve necessariamente ritenersi interrotta la permanenza. *Per inci-*

(39) SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania 1946, vol. IX. L'autore ritiene decisiva esclusivamente la durata della violazione, come conferma la diversità tra l'adulterio, per sé stesso istantaneo, e la relazione adulterina, di carattere permanente proprio per la sua durata. Ambedue, dunque, hanno ad oggetto il medesimo bene giuridico: il dovere di fedeltà coniugale.

(40) LEONE, *o. c.*, p. 392.

(41) La questione era stata invero molto dibattuta, ma sembra ormai decisiva la giurisprudenza consolidata con Cass. Sez. III, 26 maggio 1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 70: « Il formale provvedimento di sequestro penale interrompe la permanenza nel reato di costruzione abusiva, poiché sottrae all'imputato la disponibilità di fatto e di diritto dell'immobile ». Conforme: Cass. Sez. III, 13 luglio 1982, Nicastro, in *Cass. pen. mass. uff.*, 1982, n. 155991.

dens va detto che tutto ciò comporta importanti effetti pratici. Solo per esempio basta considerare l'operatività dell'istituto della prescrizione il cui termine decorre proprio dalla cessazione della permanenza.

La seconda teoria proposta dalla dottrina italiana fa capo al Dall'Ora: « la condotta necessaria e sufficiente per dare vita alla permanenza è sempre monofasica. L'eventuale prologo attivo al comportamento unitario omissivo rappresenta un *accidens* rispetto alla struttura logica del reato permanente ». E ancora: « la eventuale attività preparatoria, il prologo attivo, quello che accidentalmente consente, talora, o condiziona l'inizio dello stato permanente, è fuori della descrizione legale » (42). Il prologo attivo « rappresenta una sorta di antefatto punibile ».

Questa teoria non si sottrae ad alcune obiezioni.

Bisogna sempre risalire al precetto normativo per verificare talune affermazioni. Si parla di prologo attivo, allo stesso modo, secondo noi, si deve intendere prologo commissivo mediante omissione, perché anche attraverso l'omissione si può compiere la prima condotta (volendo utilizzare la terminologia della concezione bifasica).

Un ulteriore e più concreto rilievo offre il piano dell'analisi del precetto. Secondo il Dall'Ora il c.d. prologo attivo è fuori della descrizione, con ciò volendo intendere che normativamente il legislatore ha tenuto fuori il primo segmento della condotta. Se così fosse la norma dovrebbe dare atto che il soggetto, essendo già stato realizzato il primo accadimento, è tenuto a rimuovere quella situazione che ne è derivata. L'a. 605 c.p. sul sequestro di persona, così come è verificabile per tutti gli altri reati permanenti, inizia la descrizione del precetto considerando la prima condotta: « chiunque priva taluno . . . », e non come ritiene detta teoria: « chiunque ha privato taluno . . . ». Con questo vogliamo intendere che è lo stesso legislatore a far rientrare nella descrizione del precetto quella condotta che il c.d. prologo attivo si ostinerebbe a ritenere fuori.

Come si vede, quindi, non si può andare al di là della considerazione di un doppio segmento che va considerato ininterrotto, ma che è il prodotto di una saldatura di due momenti diversi.

Non può non trovare conforto, allora, la tesi del Beling: « il reato consiste tanto nella creazione quanto nel mantenimento dello stato. La continuità tra la creazione ed il mantenimento dello stato sarebbe così intima da risultare il mantenimento come concatenato all'azione di creazione dello stato » (43).

Non manca chi sottolinea la differenza tra un piano formale, di duplicità normativa della condotta, ed uno sostanziale, ove la condotta è normativamente unitaria ed ininterrotta (44).

Interessante e fondata da un punto di vista positivo ci sembra la soluzione offerta sul punto dal Pecoraro-Albani che ritiene la struttura del reato monofasica (45). Egli, pur rilevando che esiste una condotta realizzativa, sia essa

(42) DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano 1950, p. 188.

(43) BELING, *Lehre vom Verbrechen*, Tubingen 1906, p. 23.

(44) RAGNO, *o. c.*, p. 50. Anche questo tentativo non sfugge ad una conclusione di duplicità ontologica come carattere proprio del reato permanente.

(45) PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1960, p. 394 ss.

attiva od omissiva, ritiene che non esista nella norma il comando di rimozione dello stato. Il ragionamento ha pregio, soprattutto se si parte dal presupposto che l'omissione ha un contenuto normativo, ovverossia deve essere il legislatore ad imporre un comportamento e, pertanto, l'elusione di questo concreta l'omissione. Orbene, nei reati ritenuti permanenti quali, ad esempio, quelli di cui all'a. 605 c.p. oppure quello previsto nell'a. 416 c.p., vi è solo il divieto di tenere un dato comportamento, ma non vi è la previsione tassativa dell'obbligo di rimuovere l'effetto di quel comportamento (46). Per tali ragioni il reato permanente per l'autore ha struttura monofasica costituita non da due, ma da un'unica condotta.

2 d) *Il dovere di contro-agire e la volontà del mantenimento dello stato antiggiuridico creato.* — Monofasica o bifasica che sia la struttura del reato permanente va supportata dal requisito della colpevolezza da parte dell'agente.

La dottrina e la giurisprudenza si sono occupate pochissimo del contenuto psicologico del dovere di agire, se si accetta la prima, o di contro-agire, se si accoglie la seconda delle due posizioni suddette.

L'a. 43 c.p. sancisce che il delitto è doloso, o secondo l'intenzione se l'evento è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della sua condotta; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento non è voluto e invece si verifica per imprudenza, negligenza, imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La dottrina ha apportato ulteriori specificazioni alla nozione offerta dal codice per il dolo, definito come: « la volizione di una condotta tipica accompagnata dalla consapevolezza di realizzare un fatto conforme a quello descritto da una norma penale » (47). È necessario, dunque, verificare in che rapporto questo assunto si pone con le varie fattispecie di reati permanenti.

Vi sono due interrogativi che, a nostro avviso, si pongono imperativamente: a) un reato iniziato con dolo può proseguire con colpa o viceversa? b) il reato permanente può essere strutturalmente anche colposo o può essere soltanto doloso?

L'argomento è segnato da profonde incertezze anche se un solido punto fermo è in realtà stato rinvenuto con riferimento alla volontà, che potremo definire finalizzata: « l'immanenza della volontà colpevole durante il periodo che porta all'esaurimento della condotta ed, in particolare, la consapevolezza in tale arco di tempo che il comportamento in concreto fa persistere la portata offensiva del reato, è dunque la nota caratterizzante dell'elemento psichico del reato permanente » (48).

Ma prima ancora è necessario individuare il contenuto della colpevolezza. Nel reato permanente il soggetto agente non solo deve aver determinato lo stato antiggiuridico, ma deve agire con la volontà di mantenerlo, pur sussistendo la possibilità di rimuoverlo. Scriveva a proposito il Manzini che il reato perma-

(46) Significativamente diversa appare la formulazione delle norme antinquinamento della l. 10 maggio 1976, n. 319, ove all'a. 21 sembra esplicitato il comando di rimuovere lo stato antiggiuridico e in questo modo sarebbe contraddetto l'assunto riportato.

(47) GALLO, *Il dolo*, Milano 1953, p. 120.

(48) RAMPIONI, *o. c.*, p. 862.

nente presuppone uno stato soggettivo ed oggettivo: « che in ogni caso deve essere tale da consentire la protrazione volontaria ininterrotta di quel contrasto giuridico, che è preveduto dalla legge nell'ipotesi tipica, e la possibilità, da parte del soggetto, di farlo cessare per sua volontà in modo giuridicamente efficace » (49).

Esplicitato in questi termini il problema, appare centrale il nucleo della volontà che non solo deve supportare la condotta, ma deve anche concretare il potere di gestione finalistica dell'evento: « Lo stato antiggiuridico, inoltre, deve potersi far cessare per sola volontà del colpevole. Se, invero, la sua volontà è assolutamente inefficace, si rientra nell'ipotesi della mancanza di volontà » (50).

A rigor di logica non si giustifica l'ipotesi della rimozione senza il contenuto volitivo. Il dovere di contro-agire, quindi, va correlato alla volontà ed alla oggettiva possibilità per l'agente di rimuovere lo stato creato. Invero, non può sfuggire che per le teorie del Leone e del Dall'Ora vi è un incontestabile dato centrale: *la contro-azione è l'essenza del reato permanente*.

Pur nella esiguità del dato normativo vi è da dire che il nuovo a. 382 c.p.p. ha più chiaramente esplicitato che il carattere proprio del reato permanente non è la condotta perdurante, ma lo stato antiggiuridico che finisce per rappresentarne il dato genetico. A rigor di lettera, infatti, la norma processuale sullo stato di flagranza non correla questo alla condotta, ma rapporta lo stato di flagranza ad un referente omogeneo che è lo stato antiggiuridico, ecco perché è sancito che « lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza » (a. 382, 2° comma, c.p.p.) (51).

Ciò che va ulteriormente sottolineato è la necessità di un decorso causale volontario della condotta dell'agente che non si limiti al semplice agire, ma investa l'obiettivo proposto, l'evento del reato e cioè o meglio l'istaurarsi della situazione di permanenza.

2 e) *Problemi in ordine alla configurabilità del reato permanente colposo*. — Abbiamo detto in precedenza che per poter configurare con certezza un reato permanente occorre verificare se iniziata con dolo la condotta, questa possa continuare con colpa o viceversa. In altri termini deve essere accertato se in coincidenza di questa immutazione si verifica la interruzione della permanenza.

Effettuando un'analisi casistica è possibile individuare talune fattispecie di reato permanente realizzabili soltanto a titolo di dolo, altre anche a titolo di colpa.

Il reato previsto all'a. 600 c.p., ad esempio, che punisce la riduzione in

(49) MANZINI, o. c., p. 702.

(50) MANZINI, o. c., p. 703.

(51) È chiara, in proposito, Cass. Sez. III, 3 ottobre 1980, in *Mass. uff.*: « Il reato permanente si protrae nel tempo a causa del persistere della condotta antiggiuridica dell'agente che volontariamente continua a violare l'interesse tutelato dalla norma penale anche dopo che il fatto costituente il reato si è perfezionato in tutti i suoi elementi. La permanenza può protrarsi anche nel corso del procedimento penale, e cessa solo nel momento in cui viene meno la situazione antiggiuridica, o per fatto volontario dell'agente, o per altri interventi che rendono impossibile il protrarsi dello stato di danno o di pericolo, come la sentenza di primo grado che, contenendo la contestazione finale dell'addebito, segna il limite di modificabilità del fatto ascritto ».

schiavitù, certamente non può essere colposo, ma l'intero decorso causale deve essere accompagnato soltanto dal dolo. In altri termini, ritenendo che la fattispecie presupponga una doppia precettività il soggetto che compie dolosamente il primo segmento della condotta non può versare in colpa durante la sussistenza del secondo segmento omissivo. La norma, infatti, richiede un costante ed immutabile atteggiamento della colpevolezza.

In questo caso si tratterà di due reati diversi: il primo realizzato con dolo; il secondo, se la norma prevede il fatto colposo, sarà realizzato a titolo di colpa. Tutto questo naturalmente perché il legislatore, come detto in precedenza, ha previsto « più ipotesi di reato permanente ». Potrebbe esservi, quindi, un perdurante decorso colposo dovuto, ad esempio, a negligenza dell'agente, che rileva se è lo stesso legislatore a formulare la norma in modo da caratterizzare un reato permanente come colposo.

Abbiamo già detto in precedenza che, quantunque il legislatore abbia normativizzato talune ipotesi come se avesse tenuto conto dei risultati della dottrina bifasica, tuttavia, sovente ha adottato soluzioni difformi. L'interprete, pertanto, è tenuto a rielaborare gli elementi della nozione di tale forma di reato. È utile partire dalle considerazioni del Giuliani che per la prima volta esamina, pur non nella sua complessiva portata, l'elemento psichico del reato permanente. Egli afferma: « perché si abbia dolo del reato permanente occorre che il soggetto attivo dell'illecito penale si renda conto della condotta che sta tenendo e delle conseguenze da questa scaturenti » (52). E, ancora, « si ha dolo dell'illecito penale 'permanente' quando taluno è consapevole di privare altri della libertà personale, sia mediante atti, sia non restituendo al sequestrato la libertà ».

Siamo giunti ormai ad aver circoscritto il contenuto oggettivo e soggettivo del reato permanente. Ebbene, un ruolo determinante nella struttura dell'illecito penale e ai fini della tipicità del reato permanente è da riconoscere appunto all'elemento psichico. L'asserzione del Gallo, circa la consapevolezza per l'agente di realizzare il fatto tipico (52^{bis}) applicata al modello permanente, si traduce nella consapevolezza per il soggetto attivo di condurre *volontariamente e consapevolmente* a compimento un reato caratterizzato dal fatto che l'aggressione al bene non si esaurisce in un unico atto, bensì consiste nell'istaurarsi di una situazione di permanente aggressione al bene, con la possibilità oggettiva per l'agente stesso di far cessare questa situazione. Tale assunto non è altro che la specificazione del principio della gestione finalistica dell'evento enunciato in precedenza. Il reo realizza la condotta al fine di determinare quella situazione di sacrificio del bene tutelato. Nel reato permanente il risultato della condotta consiste proprio in questo anti-giuridico sacrificio dell'interesse protetto voluto dal soggetto.

Tutto ciò ci porta a ritenere che nella configurazione del reato permanente non vi sarebbe posto per la colpa, allo stesso modo in cui non esiste un delitto tentato colposo. *Per queste ragioni non potrebbe, quindi, esistere, in teoria, il reato permanente colposo.*

(52) GIULIANI, *La struttura del reato permanente*, Padova 1967, p. 46.

(52^{bis}) GALLO, *o. c.*, p. 122 ss.

Se si pensa, infatti, che deve rimanere nel potere e nel fuoco della volontà dell'agente la possibilità di rimuovere lo stato antigiuridico, ovvero di far cessare una condotta che è fisiologicamente correlata ai suoi effetti, la colpa non farebbe sentire avvertito l'agente della necessità di rimuovere la situazione che ha determinato con la sua condotta colposa. Se egli versando in colpa specifica viola una regola posta dall'autorità amministrativa, nello stesso momento non ha piena consapevolezza dello stato perdurante che ha creato e di conseguenza non può porre fine alla consumazione del reato, ossia rimuovere lo stato antigiuridico. Se, come è vero, nel reato permanente l'evento è perdurante, come si può, allora, come esige il modello colposo, non volere l'evento e tuttavia realizzarlo a carattere permanente?

Tuttavia, bisogna ammettere che la legge inequivocabilmente predispone delle ipotesi di illecito permanente colposo che rappresentano il limite di quanto finora detto. O, per dire meglio, *si devono accettare in quanto eccezioni legislative* — e quindi tassative — alla regola generale.

Sempre seguendo l'analisi casistica, la soluzione prospettata invita a concludere che non tutti i reati così come voluti dal legislatore sono permanenti, appunto perché egli stesso non ha curato che fosse in sintonia la struttura della fattispecie con la connotazione psicologica. Nulla esclude, dunque, che la categoria del reato eventualmente permanente includa anche ipotesi che solo avventatamente sono state definite permanenti, ed in realtà sono reati istantanei ad effetti permanenti.

Per la verità in questa *impasse* si sono trovati quegli autori che tentavano di risolvere il problema guardando al di fuori del fatto tipico e ponendosi come osservatori o prima della fattispecie o dopo la realizzazione di essa. Il ricorso alle aberranti ipotesi dell'*actio libera in causa* (53) da un lato e del *dolus generalis* (54) dall'altro, cercavano di essere risposta proprio a questi problemi di identificazione. Nel primo caso si giustificherebbe l'assurdo di ritenere attribuibile all'agente un risultato che forse non era nemmeno prevedibile come sviluppo logico della sua condotta. Non è inutile puntualizzare che anche se la condotta è connotata da colpa, tale situazione deve rimanere nella gestione finalistica dell'agente, diversamente da quanto accade nell'*actio libera in causa* laddove la condotta iniziale determina un distacco, della situazione che ne consegue, dalla gestibilità dell'agente.

Allo stesso modo si deve respingere il *dolus generalis*, per sua natura prodotto di un errato collegamento psicologico di due situazioni cronologicamente

(53) ESCOBEDO, *Sulla nozione del reato permanente*, in *Giust. pen.*, 1917, c. 277: « Non v'è dubbio che la permanenza del reato deve essere non solo obiettiva ma subiettiva in base all'a. 45, celebrato nella parte generale del codice. La questione, però, sta nel vedere se, agli effetti della configurabilità della permanenza, sia indispensabile che il colpevole possa, quando lo voglia, farla cessare, ovvero sia sufficiente che il colpevole dia inizio ad un'azione, che egli conosce di natura permanente e della quale non potrà arrestare il corso quando sia iniziata, vuoi per una impossibilità di ordine materiale, vuoi per una impossibilità di ordine morale, qual è quella di dover egli stesso confessare la sua colpevolezza. A noi sembra, *melius re perpensa*, che la subiettività della permanenza deve essere interpretata in questo senso, più restrittivo. *Chi vuole un fatto ne vuole anche le conseguenze, che sappia essere da esso inseparabile*. È la teoria delle *actiones liberae in causa* che ha qui la sua piena e rigorosa applicazione ».

(54) RACNO, o. c., p. 59.

ed eziologicamente distinte (55). Peraltro, in questo caso siamo di fronte a due seriazioni causali diverse che generano eventi diversi, non come nel reato permanente che riduce ad unità precettiva soltanto due aspetti di uno stesso fatto.

Riteniamo a questo punto di dover constatare che la teoria bifasica non ha tutti quei difetti che le si vorrebbero riconoscere, ma tuttavia deve piegarsi alla volontà della legge per cui se per la prima sembrerebbe non si possa configurare un reato permanente a titolo di colpa — per l'impossibilità, ripetiamo, da parte dell'agente di avere piena contezza del potere che ha di rimuovere lo stato antigiuridico da lui stesso colpevolmente creato ovvero di gestire finalisticamente la condotta —, per la volontà del legislatore ben può essere strutturato un reato permanente a titolo di colpa, anche se non si può non tener conto del fatto che risulterebbe difficile in una tale evenienza ritrovare la perfetta sintonia di tutti gli elementi di struttura. Ma tale accettazione discende dalla considerazione che il legislatore si è riportato ad una molteplicità di modelli di illecito permanente.

Dobbiamo constatare, infine, che la dottrina non si è mai prodotta in una trattazione esauriente sull'elemento psicologico nel reato permanente anche se qua e là si ritrova qualche accenno interessante.

Il von Bar sostiene che nel reato permanente si deve ravvisare uno stato che l'agente quanto meno deve intuire che sia da rimuovere e poi che la rimozione sia direttamente in suo potere (56). Il Petrocelli amplia il campo di azione ritenendo essenziale la possibilità di contro-agire per cui egli reputa che per tutti i reati vi sia la « inderogabile possibilità di esplicitare la controazione doverosa » (57). Così il Saltelli-Romano che, non considerando la bigamia un reato permanente, afferma che il soggetto deve avere la possibilità di rimuovere lo stato antigiuridico (58). Si devono così richiamare le valutazioni dell'Escobedo a tale proposito riportate in precedenza dove viene riaffermata la necessità della volontà e coscienza di rimuovere la situazione creata (59).

Accertato da quale punto bisogna partire non resta all'interprete che esaminare a fondo la fattispecie al suo esame e sulla base dell'analisi degli elementi stabilire se si tratta effettivamente di un'ipotesi di reato permanente. E non va allora sottaciuto che mentre il reato permanente doloso rappresenta la regola, quello colposo costituisce l'eccezione imposta, naturalmente, dalla legge. È da ritenersi colposa, allora, la contravvenzione prevista all'art. 677 c.p. in quanto la violazione della norma può essere realizzata per negligenza; peraltro, non vi è termine essenziale e la configurazione normativa ben risponde alle caratteristiche del modello permanente.

Sono singolari invece le due fattispecie diverse previste al 1° comma dell'art. 21 l. 10 maggio 1976 n. 319. Al di là del significato letterale e del valore

(55) Si veda la puntuale e convincente trattazione in: PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova 1984, p. 58 ss.

(56) VON BAR, *Gesetz un Schuld in Strafrecht*, Berlino 1909, vol. III, p. 408 ss. Evidentemente l'autore fa appunto riferimento al necessario decorso causale volontario che spinge ad escludere le ipotesi colpose.

(57) PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli 1955, p. 265.

(58) SALTELLI-ROMANO, *Commento teorico-pratico al codice penale*, Roma 1956, vol. I, p. 240.

(59) ESCOBEDO, v. nota 53 precedente.

giuridico dei termini, che vedremo nel prossimo paragrafo, in questo comma sono contenute due fattispecie diverse ambedue permanenti: « *Chiunque apre o comunque effettua nuovi scarichi nelle acque indicate nell'a. 1 della presente legge, sul suolo o nel sottosuolo, senza aver richiesto la prescritta autorizzazione, ovvero continua ad effettuare o mantenere detti scarichi dopo che l'autorizzazione sia stata negata o revocata, è punito con . . .* ». Come si nota le ipotesi sono due, la prima presuppone una condotta positiva che per la valenza stessa della formulazione deve esser investita dalla volontà anche in vista dell'evento. Nella seconda vi è un comportamento sostanzialmente oggetto di rimprovero per la mancata, colpevole — ma non necessariamente dolosa — osservanza della volontà dell'autorità amministrativa. In questo caso nulla esclude che l'agente versi in colpa generica o specifica (il che sembra tipico) per cui il rimprovero è da muovere all'atteggiamento poco accorto, *non volutamente omissivo*.

Nella prima parte la legge sottintende la consapevolezza per l'agente della portata causale della sua azione che lo stesso tenore letterale vuole positiva; nella seconda si rimprovera l'atteggiamento di contraddizione dell'obbligato rispetto alla legge.

Nel secondo caso il soggetto può realizzare anche per colpa il reato permanente non già perché in quel caso vi è una consapevolezza dello stato che ha determinato e la coscienza della possibilità di rimozione dello stesso, ma perché è il legislatore che lo ha voluto in quel modo.

2 f) *La sussistenza della permanenza in ragione della formulazione del precetto normativo*. — L'analisi della struttura di un reato non può non partire dalla comprensione del senso lessicale del precetto. Nel momento in cui il legislatore si accinge a coniare una nuova fattispecie ne attribuisce un suo proprio carattere per mezzo dell'uso di determinate forme verbali. Scriveva a proposito il Pugliatti: « La lingua del diritto, piegata ad esigenze particolari, presenta sue peculiarità, specialmente lessicali, per cui acquista a volte il carattere di gergo, e in genere l'aspetto di una lingua particolare » (60).

Tale assunto trova piena conferma proprio in tema di reato permanente laddove è dalla norma che si deve ricavare se il reato si compie con l'istaurarsi della situazione anti-giuridica di cui si è detto.

La dottrina tedesca sostiene che è dalla formulazione del *Tatbestand* che è possibile accertare se il delitto è da reputarsi compiuto con la creazione dello stato anti-giuridico (61).

Le forme verbali ad inclinazione significativa ai fini della individuazione dell'illecito penale permanente si colgono in tutte le norme, quali ad esempio le varie descrizioni di « tenere », « ritenere », « detenere », « mantenere », oppure l'implicito riferimento al bene tutelato correlativo: « Chiunque priva della libertà personale . . . » — a. 605 c.p. —. È dato poi, talvolta, rinvenire nella stessa norma due situazioni diverse facenti capo a soggetti diversi, differenziati e quindi caratterizzati, come l'ipotesi dell'a. 624 c.p.: « Chiunque si impos-

(60) PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano 1978, p. 74.

(61) KITZINGER, *Ort und zeit der Handlung im Strafrecht*, Monaco 1902, p. 258. Concordano: ALFF, o. c., p. 9; VON BAR, o. c., p. 408 ss.

sessa della cosa mobile altrui *sottraendola* a chi la *detiene*...». Questa sintetica descrizione indica che il furto è un reato istantaneo — sottrarre — che viene correlato ad una situazione permanente — detenere — quale è appunto lo stato del possessore che gode di una situazione per sua natura perdurante.

Interessanti sono due ipotesi riportate dal Dall'Ora previste agli aa. 522 e 523 c.p. riferite al ratto: « Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, *sottrae* o *ritiene*... » (62). Come si nota la prevista alternativa tra una situazione dinamica ed una statica contraddistingue da una parte un fatto istantaneo, dall'altra uno stato permanente. Si deve, dunque, concludere che il reato di cui all'a. 522 c.p. è alternativamente permanente, nel senso che lo stesso si può presentare con modalità e tempi realizzativi diversi. Tutto ciò sta a dimostrare che il legislatore con la sola formulazione può superare il criterio del comando a doppia operatività, servendosi di questo soltanto qualora intenda soddisfare particolari esigenze di politica criminale. Da quanto detto, non dovrebbero sussistere più dubbi sulla natura giuridica della contravvenzione di cui all'a. 7 l. 281/85, perché in questo caso è il legislatore, che ancorando la rilevanza del fatto omissivo alla mancata comunicazione entro un termine prestabilito, configura un reato istantaneo.

Si conferma allora l'assunto, seppure con i necessari accertamenti, dell'Olshausen, e poi del Vannini, secondo il quale è la norma che stabilisce quando si è in presenza di un reato permanente (63). Anche se si deve osservare che tutto ciò è vero per l'ipotesi dolosa.

Certo è che nell'ordinamento non è facile rinvenire, per quanto ci risulta, una fattispecie colposa che sia agevolmente inquadrabile nello schema del reato permanente. Dipenderà questo da una scelta del legislatore nel senso che la lesione di taluni beni ha sempre richiesto l'elemento psicologico intenzionale, oppure è la conseguenza inevitabile di una incapacità strutturale del fatto permanente ad essere ricostruito in termini di fatto colposo?

3. LIMITI ALLA CONFIGURABILITÀ DELLA CONTRAVVENZIONE DI CUI ALL'A. 7 L. 281/85 QUALE REATO PERMANENTE COLPOSO.

3 a) *L'inconsapevolezza del dovere di contro-agire*. — L'esame delle varie posizioni e delle componenti strutturali del reato permanente ci ha consentito di pervenire alla conclusione che uno dei requisiti da cui non si può prescindere per verificare la natura permanente di un reato è l'elemento psicologico.

Dottrina e giurisprudenza hanno dovuto convenire che il reato permanente ha dei connotati ontologici precisi, la condotta non può ritenersi svincolata finalisticamente dal decorso temporale che sostanzia la consumazione del reato. L'agente pone in essere una condotta e deve mantenerla intenzionalmente per far permanere quella situazione (64) ed, inoltre, deve avere consapevolezza

(62) DALL'ORA, o. c., p. 214 (in nota). Così anche per il PECORARO-ALBANI, o. c., p. 424: « Decisiva importanza ha, dunque, il 'verbo' adoperato dal legislatore per indicare l'azione vietata... ».

(63) OLSHAUSEN, o. c., p. 67, n. 15.

(64) RAMPIONI, o. c., p. 862: « Se, pertanto, nei reati permanenti lo schema normativo non richiede — né lo potrebbe, stante il carattere soltanto eventuale della permanenza — la previsione e la volizione di una determinata 'durata' dell'illecito, è tuttavia necessaria dopo

della possibilità di far cessare quella condotta e gli effetti che dalla stessa permanano (65). Tali effetti rappresentano il contenuto di aggressione rispetto all'interesse offeso, ed allora il soggetto attivo deve impegnarsi a rimuovere lo stato di compromissione del bene che con la sua condotta ha determinato.

Sorge allora il problema: come può l'agente sentirsi avvertito della necessità di rimuovere lo stato determinato, vale a dire far cessare la permanenza? Seppure con tutta la prudenza del caso (atteso che è dibattuta ancora la questione), resta centrale il problema del dovere di controagire, la consapevolezza, cioè, di porre in essere una condotta opposta a quella fino a quel momento tenuta. Ma questo elemento non è del contenuto della colpa che presuppone l'incoscienza del risultato della condotta e nel nostro caso della condotta succedanea doverosa da tenere.

L'a. 7 l. 281/85 fa obbligo al soggetto di comunicare alla CONSOB la quota maggiore di azioni possedute. La mancata comunicazione genera una situazione di elusione dell'obbligo che perdura nel tempo e che può cessare con l'invio, anche se tardivo, della dovuta informativa. Se il soggetto versa in colpa diviene impossibile stabilire quale potrebbe essere l'inosservanza della legge o anche l'atteggiamento negligente, egli non sarà mai avvertito della necessità di inviare l'informativa per far cessare lo stato permanente. L'inconsapevole situazione che ha generato con la sua omissione non può ridondare a suo sfavore a titolo di reato permanente, semplicemente perché manca la consapevolezza della situazione che ha generato ed i presupposti della volontà per farla cessare. Argomentare diversamente contribuisce ad introdurre una inconfondibile ipotesi di responsabilità oggettiva.

Anche volendo inquadrare il tema in termini di condotta — che da alcuni autori viene considerata come essenza del reato permanente — non si giusti-

la realizzazione della fattispecie una costante correlazione tra la soggettività ed il perdurare del comportamento offensivo. Nel momento in cui cessa tale correlazione il reato si esaurisce e l'eventuale persistenza di una situazione dannosa per il bene protetto non rappresenta più il contenuto dell'offesa, ma degrada a mero effetto del reato. L'immanenza della volontà colpevole durante tale periodo che porta all'esaurimento della condotta ed, in particolare, la consapevolezza in tale arco di tempo che il comportamento in concreto tenuto fa persistere la portata offensiva del reato, è dunque la nota caratterizzante dell'elemento psichico del reato permanente ».

(65) RAMPIONI, o. c., p. 859: «... appare fondato ritenere che due sono i requisiti costitutivi del reato permanente: da un lato, il carattere continuativo, il protrarsi dell'offesa scaturita dalla condotta dell'agente; dall'altro, una persistente condotta volontaria che, in quanto tale, consente all'agente medesimo di porre fine in ogni momento alla situazione offensiva ».

« Il reato di omessa denuncia di un deposito di oli minerali è un reato permanente, in quanto la situazione di anti-giuridicità si instaura con l'inizio dell'esercizio del deposito senza la preventiva denuncia all'UTIF e si protrae, ininterrottamente, fino a che non sopravvenga una causa di cessazione della permanenza, poiché l'agente ha la possibilità di porre termine a tale condotta criminosa attuando il comportamento prescritto dalla legge »: Cass. Sez. III, 26 gennaio 1987, in *Juris data Giuffrè*.

« Nel reato permanente, nel quale la protrazione dell'evento si verifica per volontà del colpevole e coincide con l'attività da lui svolta diretta a farlo perdurare... »: Cass. Sez. III, 11 marzo 1984, in *Juris data Giuffrè*.

« Il reato permanente si protrae nel tempo a causa del persistere della condotta anti-giuridica dell'agente che volontariamente continua a violare l'interesse tutelato dalla norma penale anche dopo che il fatto costituente il reato si è perfezionato in tutti i suoi elementi »: Cass. Sez. II, 3 ottobre 1980, in *Juris data Giuffrè*.

fica la durata permanente di un reato se non si ha la certezza che il soggetto è nelle condizioni oggettive di far cessare volontariamente quella condotta. *Ed il soggetto se versa in colpa tale consapevolezza certamente non possiede.*

Con questo vogliamo escludere una « soggettivizzazione della fattispecie penale » (66), l'intento è soltanto quello di verificare la configurabilità del reato a titolo di colpa. Non si può quindi prescindere da un requisito della permanenza che è un suo specifico: « una persistente condotta volontaria che, in quanto tale, consente all'agente medesimo di porre fine in ogni momento alla situazione offensiva ».

Il criterio discrezionale tra reato istantaneo e permanente, dunque, non è solo individuabile nella condotta, la differenza sostanzialmente si pone su un profilo a doppia valenza: *condotta - evento.*

Nel reato istantaneo l'agente dirige la condotta alla consumazione intenzionale di quel risultato che configura il reato: l'evento, cui nel delitto doloso si indirizza la condotta; nel reato permanente, invece, la condotta si articola in due momenti che sono teleologicamente connessi. Un primo nel quale il soggetto cagiona l'istaurarsi di una situazione anti-giuridica, un secondo nel quale il soggetto stesso si comporta in modo che detta situazione permanga. La differenza col reato istantaneo con effetti permanenti sta nel fatto che in quest'ultimo il perdurare del sacrificio del bene è l'effetto di una condotta che, terminata con quel risultato lesivo per il bene, configura già il reato consumato. Nel reato permanente invece è necessario che alla condotta consegua per un certo tempo una situazione di compressione del bene, che tuttavia il soggetto può far venir meno con la cessazione della condotta.

Orbene è chiaro che nei reati permanenti dolosi la tipicità del fatto dipenderà dal contenuto dell'intenzionalità: il soggetto, ad esempio nel delitto di cui all'a. 605 c.p., deve volere l'atto di sequestro della persona per privarla della libertà personale. Ed è soltanto sotto questo profilo che può cogliersi la differenza tra questa figura criminosa e la violenza privata. Anche per la configurabilità di questo reato può essere sufficiente un atto violento lesivo dell'altrui libertà, questo atto si configurerà però come sequestro quando la violenza non si limiti ad un singolo atto di coercizione ma intenzionalmente istauri — sia pure per un breve periodo — una situazione di privazione della libertà personale. E quanto sia importante questa precisazione, anche con riferimento al contenuto del dolo dell'agente, ai fini della configurabilità del tentativo, è facile intuire.

Questo assunto trova conferma nella vasta giurisprudenza e negli studi specifici sul tema. La riprova di tale prospettazione è offerta, peraltro, da una interessante decisione sull'a. 7: « ... quando i soggetti che vi sono tenuti non adempiono all'obbligo di comunicazione, ricorre quel ' connotato di lesività sostanziale ' dell'omissione formale di comunicazione che dovrebbe scongiurare la riduzione del precetto penale ad un ruolo ' meramente sanzionatorio di adempimenti formali ' » (67). Questa decisione è senza dubbio la piena conferma di quel necessario intimo rapporto intercorrente tra condotta tenuta e contenuto

(66) RAMPIONI, o. c., p. 859.

(67) Pret. Roma, Sez. VII, 2 aprile 1985, Massa, in *CONSOB* ... cit., p. 291. BRICOLA, o. c., p. 119.

oggettivo dell'obbligo, che si traduce in condotta tenuta e consapevolezza della rimozione delle conseguenze della propria condotta.

In una prospettiva sistematica è interessante richiamare — e lo si è fatto anche innanzi — un reato di struttura analoga previsto all'a. 2626 del codice civile: « Omissione od esecuzione tardiva o incompleta di denunzie, comunicazioni e depositi ». L' analogia risiede anche nella presunta natura permanente di quel reato, che a nostro avviso è anche in questo caso da escludere, e di cui « si pone inoltre in rilievo che l'interesse alla pubblicità e lo stato di pericolo determinato dalla omissione degli adempimenti correlativi persistono per tutto il periodo di tempo in cui la omissione si protrae, onde si avrebbe quel perdurare della situazione antiggiuridica, dovuto alla volontaria condotta del soggetto e da lui normalmente eliminabile, in cui si sostanzia appunto la struttura dell'illecito permanente » (68).

3 b) *Il reato di cui all'a. 7 l. 281/85 non è sempre reato permanente.* — Le premesse poste innanzi inducono ad assumere una posizione sulla contravvenzione dell'a. 7 in esame. Volendo partire dalla premessa che si tratta di un reato permanente dobbiamo escludere che tale forma di reato si configura a titolo di colpa. In realtà quando il soggetto agente versa in una delle ipotesi tipiche del modello colposo il reato di omessa comunicazione non è permanente, ma certamente istantaneo.

Ed infatti, già si è detto, mancherebbe l'avvertita esigenza da parte dell'agente di adempiere all'obbligo informativo, considerato come rimozione dello stato conseguente alla sua condotta.

Si è parimenti detto che il reato di cui all'a. 7 trattandosi di contravvenzione sarebbe solo *astrattamente configurabile* come permanente sia a titolo di dolo che a titolo di colpa. Ne discende che essendo esclusa la configurabilità della permanenza per colpa, lo sia solo e soltanto a titolo di dolo.

Cosicché l'indagine va spostata dal piano teorico a quello concreto, della prova del dolo.

Qualora si rinvenivano oggettivamente quegli elementi o aspetti che fanno concludere per una concretizzazione della fattispecie dolosa, può partire l'indagine per accertare se effettivamente quella contravvenzione è permanente. Se, viceversa, si prova che non già in dolo sia versato l'autore, bensì in colpa, ebbene è ragionevolmente da escludere che quel reato sia a consumazione permanente.

Peraltro, noi riteniamo che la contravvenzione si è consumata nel momento in cui il termine previsto dalla norma è effettivamente spirato.

Vedremo in seguito che la presenza di taluni elementi normativi e descrittivi fa cadere anche l'ipotesi permanente in presenza del dolo. Antici-

(68) CONTI, *Diritto penale commerciale*, Milano 1980, vol. I, p. 583.

Conforme è la giurisprudenza che ritiene tale reato permanente: « Infatti, la necessità di tutela di quanti siano venuti in rapporto con la società non viene meno dopo l'inutile decorso del termine fissato per gli adempimenti prescritti, perché, anzi, la situazione di pericolo determinata dall'omissione tanto più si aggrava quanto più l'inadempimento si protrae nel tempo. Pertanto, la situazione antiggiuridica, che è conseguenza dell'omissione, viene a cessare soltanto col tardivo adempimento dell'obbligo o con il venir meno della società »: Cass. Sez. III, 11 gennaio 1965, n. 3074, in *Mass. uff.*

priamo fin d'ora che il reato dell'a. 7 appartiene alla categoria dei reati omisivi propri o puri, atteso che questi sono da considerarsi naturalmente istantanei.

3 c) *Altre cause di cessazione della permanenza: la sostituzione del soggetto obbligato; l'informazione ricevuta dalla CONSOB per altra via; il verificarsi del termine essenziale.* — Si è detto innanzi che la cessazione della permanenza si verifica quando il soggetto rimuove la situazione che ha creato o, se si vuole, con il cessare della sua condotta si ripristina la situazione antecedente. Perché possa farlo è necessario che abbia la concreta possibilità di agire. Quando tale oggettiva possibilità viene meno, certamente non si può fare obbligo all'agente di una condotta che se anche volesse non potrebbe mai tenere. Ebbene, in questa ipotesi si deve ammettere che la permanenza è cessata a causa della frattura determinatasi tra la posizione del soggetto e la situazione anti-giuridica.

Si è anche detto che l'a. 7 l. 281/85 prende in considerazione le ipotesi di partecipazione azionaria in società quotate in borsa da parte di altre società o anche di singoli privati. Per i privati non vi è alcun problema di individuazione del soggetto obbligato all'informativa alla CONSOB, si pone invece per coloro che rivestono cariche nell'ambito della struttura societaria. È in sostanza la questione della insussistenza del reato per la modifica dello *status* del soggetto agente o della perdita della qualità del soggetto obbligato (69). Secondo il nostro avviso non solo per coloro istituzionalmente preposti, quali gli amministratori, ma anche per chi, diversi da questi ultimi, sono investiti del dovere di comunicazione.

La questione della mutabilità della persona fisica obbligata è, quindi, in stretta correlazione con la struttura del reato permanente. Orbene, poiché l'agente che non ha la possibilità di rimuovere la situazione che ha determinato non può rispondere di un reato che si snoda indefinitamente nel tempo, parimenti l'amministratore che viene sostituito, il quale non ha inviato entro il termine l'informativa, non potendo più adempiere all'obbligo di legge vede conseguentemente cessare la permanenza.

Graverà, dunque, sulla nuova persona investita l'obbligo di ottemperare, ed essa si porrà nella medesima posizione del suo predecessore, e tale prosecuzione dell'inottemperanza farà sì che il nuovo soggetto venga a rispondere del reato permanente. Non vi sarà responsabilità per il nuovo soltanto quando questi dimostrerà di non avere avuto assolutamente scienza della situazione anti-giuridica di cui diviene, suo malgrado, responsabile.

Resta comunque salvo il principio che la cessazione della permanenza per il primo per l'a. 7 si verificherà allorché vi sia la sostituzione del soggetto obbligato, con l'impossibilità che risponda per la prosecuzione indefinita nel tempo colui che non ha più il potere di ottemperare. Questi si troverà a rispondere del reato fino al giorno della sua sostituzione.

Un'altra ipotesi di interruzione della consumazione del reato di omessa comunicazione è *l'informativa comunque pervenuta alla CONSOB anche se per*

(69) Per una esauriente trattazione del tema, con l'esame delle varie posizioni espresse in dottrina, si veda: RAGNO, o. c., p. 190 ss.

altra via. La giurisprudenza (70) ha messo ben in evidenza che il fine che il legislatore intende perseguire con la previsione della contravvenzione è l'ottenimento delle informazioni azionarie che consentono un efficace controllo sul mercato borsistico. Se queste pervengono da altra fonte, comunque, la norma si deve intendere soddisfatta, ne cessa, quindi, la permanenza. Analogamente avviene nel caso del sequestro di persona la cui consumazione cessa anche se la liberazione del sequestrato avviene per l'intervento di altri che non sia il sequestratore. Anche in questo caso, infatti, la restituzione alla libertà del sequestrato soddisfa l'esigenza posta alla base dell'a. 605 c.p.

Con l'ottenimento delle informazioni, pertanto, si viene a determinare una speciale causa di interruzione della permanenza.

L'a. 7 l. 281/85, al nostro esame, contiene una serie di elementi costitutivi di tipo normativo e descrittivo che devono essere considerati in termini di esclusività, ovvero sia impedire qualsiasi ricorso ad operazioni di amplificazione analogica.

Si è già detto che la giurisprudenza considera questo reato di tipo omisivo-permanente, volendo con ciò intendere che la cessazione del periodo consumativo si ha con il compimento, ancorché tardivo, dell'atto di comunicazione da parte del soggetto obbligato.

La singolarità di questa norma risiede nel fatto che tra gli elementi essenziali il legislatore *ha previsto un termine*. Bisognerà, allora, verificare quale funzione svolge tale sbarramento di carattere temporale in relazione alla realizzazione del reato. Il successivo a. 8 gradua la misura della sanzione sulla omissione della comunicazione alla CONSOB e sul ritardo della effettuazione della stessa. Evidentemente la scelta legislativa di prevedere un termine deve rispondere ad una particolare esigenza. La natura permanente o istantanea di tale reato, quindi, si accerta risolvendo il problema della funzione di tale termine all'interno della norma.

Seppure significativi ed autorevoli i contributi sulla natura ordinatoria ed essenziale del termine, non ci paiono ragionevolmente fondati. A nostro parere il termine all'interno del fatto tipico non orienta la struttura del reato, ma conta solo e sempre come sbarramento temporale, per significare che l'azione compiuta successivamente non ha alcun valore per la norma penale, in quanto il « fatto » è già realizzato.

Una diversa considerazione si adatta meglio al diritto processuale ove la ordinata sequenza degli atti assume valenza essenzialmente temporale piuttosto che al diritto sostanziale ove il reato è consumato allorché fino a quel momento il soggetto agente non ha tenuto la condotta richiesta. Nel nostro caso l'omissione è tipica essendosi verificato un elemento che è essenziale, non per gli adempimenti richiesti, ma per il configurarsi della fattispecie incriminatrice.

(70) « L'a. 5 della l. 7 giugno 1974, n. 216 contempla un reato a consumazione permanente perché l'obbligo di comunicazione permane per tutta la durata del possesso e per tutto il tempo susseguente alla dismissione *fino a notizia pervenuta per altra via alla CONSOB*, essendo incessante ed inalterata, anche dopo la scadenza del termine di riferimento per la configurabilità del reato di omissione, l'esigenza posta a base della comunicazione obbligatoria di garantire alla Commissione la conoscenza degli assetti azionari rilevanti, ai fini dell'esercizio dei suoi vari poteri di intervento e controllo... »: Pret. Roma, Sez. VII, 19 novembre 1985, Garberini, in *CONSOB*... cit., p. 291.

In dottrina si avanza anche il dubbio che procedendo alla qualificazione di permanenti dei reati omissivi propri, si giungerebbe all'assurdo di vedere estinguere per amnistia reati gravi (es. il furto) perché ritenuti istantanei, e con contravvenzioni assolutamente innocue — in termini di allarme sociale — solo perché ritenute permanenti (71).

L'esigenza di prevedere un termine viene avvertita dal legislatore il quale pone un limite temporale alla lesione del bene. Questo assunto è valido sia che si reputi la permanenza agganciata alla situazione di compressione di un bene giuridico, sia se si considera la condotta come qualificante di un reato permanente.

Le ragioni di un tale argomentare si ritrovano anche nella scelta che il Legislatore ha fatto all'a. 7 quando ha associato una sanzione di tipo amministrativo-civilistico ad una penale. La sospensione del diritto di voto, infatti, prescinde dal tipo di struttura dell'illecito penale e si pone come completamento della soluzione sanzionatoria adottata. A ben vedere tale sanzione è molto più grave di quella penale, perché paralizza l'attività societaria dell'azionista inadempiente con gravi ripercussioni, si pensi soltanto alla formazione del c.d. sindacato di voto.

Non ha senso, quindi, ritenere a tutti i costi il reato permanente ai fini della perseguibilità del soggetto omissivo perché anche tale funzione viene assolta attraverso la predisposizione della sanzione extra-penale. Per quanto detto non può non ritenersi il reato contravvenzionale dell'a. 7 l. 281/85 un reato istantaneo perché il termine contenuto nel precetto normativo non ha funzione di referente temporale, ma svolge un ruolo di elemento essenziale seppure riferito ad un momento futuro e certo, temporalmente determinabile.

Il tema della tipologia del termine è stato particolarmente dibattuto in riferimento ad altri reati contravvenzionali. Emblematica è la figura prevista all'a. 2626 c.c. — già citato — dove ci si riferisce al termine entro il quale adempiere tali obblighi. Si è parlato in proposito di termine *essenziale*, *ordinatorio*, *finale*, assegnando a ciascuna di tali categorie un ruolo ed una valenza determinante per la struttura della fattispecie. Il termine essenziale darebbe luogo ad un reato istantaneo, quello ordinatorio ad un reato permanente (72). Questo modo di procedere, però, denota una lettura civilistica della norma che, invece, va inquadrata nell'ottica del « fatto tipico ». Ne consegue che la tipicizzazione dell'obbligo è diretta conseguenza dell'efficacia del termine, per modo che lo spirare di quel termine determina il configurarsi del reato di cui all'a. 2626 c.c. Reato, dunque, istantaneo e non permanente. L'analogia con il reato di cui all'a. 7 non è casuale perché, ripetiamo, secondo noi si tratta di un reato omissivo proprio e come tale certamente istantaneo. Nella struttura del fatto omissivo proprio, il termine (quando è previsto) svolge essenzialmente la funzione di delimitare in termini di certezza l'area della tipicità. L'omissione configura il reato solo quando, trascorso il termine, l'obbligo non risulta adempiuto. La conseguenza è che, prima che trascorra il termine, non vi è omis-

(71) CADOPPI, o. c., p. 879.

(72) Prima che intervenisse la legge di depenalizzazione, si veda la ponderosa dottrina, per tutti CONTI, o. c., p. 575. Per la giurisprudenza, significativa è Cass. Sez. III, 15 luglio 1952, in *Foro it.*, 1953, c. 60 ss.

sione perché non vi è inadempimento in quanto l'obbligo può essere ancora adempiuto. La mancata realizzazione del comportamento non acquista ancora la connotazione di fatto tipico; trascorso il termine, l'adempimento non è efficace ai fini di escludere la tipicità e potrà assumere rilevanza ad altri fini (es. misura della pena, etc.).

La stessa considerazione, secondo la quale la comunicazione inviata successivamente assume comunque valore perché è incessante anche dopo la scadenza del termine l'esigenza posta alla base della comunicazione, non ha alcun serio fondamento. Ed infatti, il protrarsi dell'obbligo è solo un effetto del reato che si esaurisce con lo spirare del termine che lo compie, successivamente entrano in gioco meccanismi di salvaguardia che hanno funzione civilistica quali la sospensione del diritto di voto. È quest'ultima la vera sanzione per il ritardo. Anche in questo caso vi è una intima correlazione con l'a. 2626 c.c., dal momento che la sanzione civilistica della « grave irregolarità per il procedimento » di cui all'a. 2409 c.c., secondo dottrina e giurisprudenza, rappresentava la sanzione conseguente all'a. 2626 c.c.

Di particolare interesse è la tesi di Cadoppi il quale illustrando la natura dell'a. 677 c.p. che punisce il proprietario che non adempie all'obbligo di eseguire i lavori sul suo edificio in rovina, afferma: « È indubbio che il pericolo per il bene protetto — ove l'obbligato non adempia al precetto — si protragga nel tempo anche dopo la scadenza del termine, termine che va individuato nel momento immediatamente successivo all'insorgere della minaccia di rovina dell'edificio. Tuttavia non si deve confondere tale pericolo con l'obbligo giuridico, penalmente sanzionato. Il primo non è altro che la ' situazione di fatto ' che attualizza l'insorgere dell'obbligo di agire. In altre parole, è vero che il pericolo di rovina dell'edificio perdura nel tempo, ma esso non è l'obbligo: è piuttosto l'ingrediente essenziale della situazione tipica descritta dalla norma. È il fatto che la situazione di fatto perduri inalterata nel tempo è assolutamente normale nell'ambito della generalità dei reati di pura omissione ». Ed in conclusione: « Trascorso quel termine, il reato omissivo sarà già consumato, e la successiva omissione non avrà alcuna rilevanza, almeno nell'ambito della tipicità dell'illecito penale » (73).

3 d) *La natura di reato istantaneo ad effetti permanenti.* — Indagati i presupposti ed i requisiti del reato permanente resta, brevemente, da verificare la categoria finitima dei reati istantanei ad effetti permanenti.

A ben vedere tutti i reati producono delle conseguenze ovvero situazioni ulteriori dannose o pericolose.

La valutazione del danno sociale di un reato investe molteplici aspetti che vanno dalla responsabilità civile, alla menomazione fisica dell'offeso. Tuttavia, tra questi assumono rilevanza oggettiva quei fatti che producono un danno giuridicamente apprezzabile. L'esempio già proposto del delitto di lesione personale è emblematico. La lesione è reato istantaneo, la malattia cronica che ne deriva rappresenta soltanto l'effetto di quel fatto che ha doppia valenza: a) assume sicuro rilievo in relazione alla misura della pena da irrogare; b) è giuridicamente apprezzabile ai fini del risarcimento del danno civile.

(73) CADOPPI, *o. c.*, p. 893 ss.

Ribadendo, allora, un concetto già espresso diremo che il discrimine è rappresentato dal *Tatbestand*. Se in esso il legislatore ha contemplato una situazione perdurante giuridicamente apprezzabile, generalmente il reato sarà permanente; se nella descrizione del « fatto tipico » non vi è tale stato, ma esso è posto soltanto come conseguenza, il reato sarà istantaneo anche se ha effetti permanenti.

Così come per altri autori anche noi ribadiamo l'assoluta superfluità di tale categoria perché, come già detto, ogni reato ha delle conseguenze (74).

La qualificazione evidentemente risponde ad una esigenza eminentemente pratica, indicare al giudice di valutare in sede di applicazione della sanzione la gravità del danno o del pericolo cagionato ai sensi dell'a. 133 c.p. n. 2. Osservati i caratteri sintomatici del reato istantaneo ad effetti permanenti bisogna concludere che la contravvenzione dell'a. 7 rientra in questa categoria.

Il legislatore con il termine non ha inteso creare uno stato perdurante di obbligo, dettando soltanto uno sbarramento temporale, come già detto innanzi, oltre il quale il reato è perfetto. Ha consentito, però, di verificare gli effetti dannosi dell'illecito e vi ha stabilito una sanzione, la sospensione del diritto di voto, oltre che un inevitabile aggravamento di carattere sanzionatorio. La poca cura portata alla redazione della fattispecie ne ha in tal modo determinato una differenziata caratterizzazione. Il reato non è certamente permanente, ma omisivo proprio e, pertanto, istantaneo anche se ad effetti permanenti.

Alla medesima conclusione si deve giungere richiamandosi a quanto già detto in precedenza sul requisito psicologico, poiché pare che la struttura del fatto permanente si presenta diversamente a seconda se il reato sia realizzato dolosamente o colposamente. Cosicché la fattispecie di cui all'a. 7 l. 281/85 assume una doppia chiave di lettura, in ordine alla sua consumazione, proprio in ragione dell'elemento psicologico.

(74) CARACCIOLI, *Condotta permanente e permanenza di effetti nella fattispecie criminosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 225.

DIRITTO E GIURISPRUDENZA

RASSEGNA DI DOTTRINA E DI GIURISPRUDENZA CIVILE



JOVENE — ANNO CV — SERIE III — 1990/4 — NAPOLI