

PREFAZIONE

Francesco Emanuele Salamone – studioso del diritto dei beni culturali, che ho avuto in questi anni il piacere di formare accademicamente – unisce in questo scritto i risultati della sua ricerca scientifica con quelli provenienti dalla sua esperienza professionale di avvocato specializzato in diritto penale dei beni culturali presso lo Studio legale del Prof. Fabrizio Lemme, noto esperto della materia.

Il testo, infatti, aggiornato alla più recente riforma in materia di circolazione internazionale delle opere d'arte (legge 124/2017), ha il pregio di analizzare i più importanti reati contro il patrimonio culturale rivolgendosi tanto agli “addetti ai lavori”, ossia a coloro che si trovano quotidianamente ad operare professionalmente con tematiche inerenti la materia, quanto agli studenti dei corsi universitari che abbiano inserito nel loro piano di studi la materia della legislazione dei beni culturali, che l'Autore insegna con profitto ormai da diversi anni presso l'Università della Tuscia di Viterbo, collaborando con le attività della omonima cattedra della quale sono titolare dal 1999.

Il lavoro, in effetti, svolge un'adeguata e approfondita riflessione sulla radice giuridica sostanziale degli istituti trattati, com'è tipico nell'attività dei cultori della materia, caratterizzandosi tuttavia per la presenza, al suo interno, di un taglio molto concreto ed “operativo” nell'esposizione dei concetti, con continui e molto utili richiami alla giurisprudenza e al cd. “diritto vivente”, che ne fanno uno strumento davvero utile per coloro che si trovino a diverso titolo a dover affrontare la non semplice materia della tutela penale del patrimonio culturale. Ai quali se ne consiglia, pertanto, sicuramente la lettura.

Roma, 10 settembre 2017

Prof. DIEGO VAIANO

CAPITOLO I

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL DIRITTO PENALE DEI BENI CULTURALI

SOMMARIO: 1. Le origini e la definizione di Diritto Penale dei beni culturali. – 2. Le fonti del sistema sanzionatorio a tutela dei beni culturali. – 3. La struttura generale del reato. – 3.1. (*segue*) L'elemento oggettivo del reato. – 3.2. (*segue*) L'elemento soggettivo del reato. – 3.3. (*segue*) Le sanzioni penali. – 4. Il concetto “penalistico” di bene culturale. – 5. Tutela penale diretta e tutela penale indiretta: forme diverse di tutela penale del bene culturale.

1. LE ORIGINI E LA DEFINIZIONE DI DIRITTO PENALE DEI BENI CULTURALI

In Italia, come nel resto delle altre *Nazioni* europee, sin dal tardo Rinascimento, si è avvertita l'esigenza di *tutelare*, anche sotto il profilo penale, il patrimonio culturale, attraverso l'introduzione di norme dirette a *proteggere, conservare e gestire* i molteplici beni cd. “culturali” presenti sul territorio italiano (all'epoca, frammentato in Ducati, piccoli Stati, micro Repubbliche).

Risalgono, infatti, al 1571 ed al 1602 le prime “deliberazioni”, adottate nel Granducato di Toscana, con le quali si tutelavano i beni culturali, prevedendo severe sanzioni nei confronti di coloro i quali avessero violato tali disposizioni.

È tuttavia solo nella prima metà del XIX secolo, con il Chirografo di Pio VII del 1802 e con l'Editto del Cardinal Pacca del 1820, che la materia della tutela del bene culturale ha assunto una struttura più organica, i cui principi ispiratori si rinvengono anche nella vigente disciplina di settore: il d.lgs. 42/2004 (cd. “*Codice dei beni culturali e del paesaggio*”).

Fra le diverse forme di tutela del bene culturale, una delle più significative e gravose, a causa delle limitazioni della libertà personale nei confronti di chi viola le norme incriminatrici poste a difesa del patrimonio culturale, è certamente da ritenere la **tutela penale**, che si caratterizza per la previsione di uno **specifico sistema sanzionatorio: il cd. “Diritto Penale dei beni culturali”**.

Il Diritto Penale dei beni culturali rappresenta, dunque, quella branca del Diritto dei beni culturali che studia e sanziona i comportamenti umani, penalmente rilevanti, idonei ad offendere il “patrimonio culturale” ed i beni che lo compongono.

Volendo schematizzare quanto appena affermato, si potrebbe quindi immaginare che il Diritto Penale dei beni culturali rappresenti un'architrave poggiata su due colonne: il Diritto Penale, da un lato, ed il Diritto dei beni culturali, dall'altro.

Allo scopo di meglio comprendere le specificità delle principali fattispecie di reato caratterizzanti il Diritto Penale dei beni culturali, appare fondamentale soffermarsi preliminarmente su quattro distinte tematiche, propedeutiche ad una migliore comprensione della materia: (a) le fonti del sistema sanzionatorio posto a tutela del patrimonio culturale; (aa) la struttura generale del reato e le sanzioni penali; (aaa) il concetto “penalistico” di bene culturale ed, infine, (ab) le forme di tutela penale (diretta ed indiretta) del patrimonio culturale.

2. LE FONTI DEL SISTEMA SANZIONATORIO A TUTELA DEI BENI CULTURALI

Come sopra accennato, la natura “ibrida” del *Diritto Penale dei beni culturali* (d'ora in avanti, anche, DPBC) si riflette anche sulle caratteristiche delle sue *fonti*, che possono definirsi variegata e di diverso rango.

In primo luogo, fonte del DPBC è certamente la Costituzione italiana.

In particolare, di grande rilevanza sono, da un lato, gli artt. 9 e 33, dall'altro lato, gli artt. 25 e 27.

Ai sensi dell'art. 9 Cost., “*la Repubblica promuove lo sviluppo*

della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione”.

Tale disposizione, ribadendo il principio della libertà dell’arte e della scienza e del relativo insegnamento, non solo pone le basi – unitamente all’art. 33 Cost. – del cd. “Stato di cultura” ma costituisce altresì una delle fonti di maggiore rilievo del Diritto dei beni culturali.

Più strettamente connessi al Diritto Penale (l’altra *colonna* sulla quale si regge il DPBC) sono gli artt. 25 e 27 Cost.

In particolare, l’art. 25 proclama il principio in virtù del quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto (“*nullum crimen sine lege*”).

L’art. 27 sancisce, invece, due principi di civiltà giuridica: quello secondo il quale la responsabilità penale è personale e quello di non colpevolezza sino a condanna definitiva (la Costituzione, si badi, pone una presunzione di “non colpevolezza” e non – come sostengono alcuni – “di innocenza”).

Sono altresì fonti del DPBC, seppur di rango inferiore, il Codice Penale ed il d.lgs. 42/2004 (il cd. “*Codice dei beni culturali e del paesaggio*”).

In particolare, in seno al d.lgs. 42/2004, assumono rilevanza centrale le disposizioni contenute dall’articolo 169 all’art. 180 (Capo I, Titolo II, Parte IV del d.lgs. 42/2004).

Tali norme, all’interno delle quali è disciplinata la gran parte dei reati contro il patrimonio “culturale”, costituiscono infatti – unitamente all’art. 733 c.p. – il *cuore pulsante* dell’intero sistema sanzionatorio penale a tutela del patrimonio culturale.

Chiarita la natura delle fonti del DPBC, appare ora opportuno soffermarsi sulla sua **struttura generale del reato**, che rappresenta lo *scheletro* all’interno del quale si collocano i singoli (e differenti) *organi* (i vari reati contro il patrimonio culturale) che connotano la tutela penale dei beni culturali.

3. LA STRUTTURA GENERALE DEL REATO

Tradizionalmente, con il termine reato si intende quel compor-

tamento umano previsto dalla legge penale, alla cui realizzazione l'ordinamento giuridico ricollega una sanzione penale.

Per aversi reato, è essenziale che il comportamento preso in considerazione sia previsto come tale da un'apposita norma giuridica (**principio di legalità**), entrata in vigore prima della realizzazione della condotta oggetto del reato (**principio dell'irretroattività della legge penale**).

È altresì fondamentale che il fatto concretamente realizzato sia non solo conforme a quello in astratto previsto dalla norma incriminatrice ma anche effettivamente lesivo del bene protetto dalla norma penale (**principio di offensività**).

È poi necessario che il comportamento, per poter essere considerato come reato, da un lato, si manifesti all'esterno, assumendo *corporeità* (**principio di materialità**), mentre, dall'altro, sia psicologicamente riconducibile al suo autore (**principio di colpevolezza**).

Secondo la teoria classica (cd. "teoria bipartita") elementi essenziali del reato sono due: l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo.

Seguendo tale orientamento, ai fini della sussistenza del reato, è quindi necessario, salvo gli sporadici casi rientranti nella dibattuta e controversa responsabilità oggettiva (art. 42, III comma, c.p.), che nello stesso comportamento coesistano sia l'elemento oggettivo che l'elemento soggettivo del reato.

Volendo prendere a prestito dal pensiero platoniano il "*mito della mela*", si potrebbe dunque argomentare che l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo del reato rappresentino le "*due metà della mela*".

Se manca una delle due metà, la mela (nel nostro caso, il reato) non potrà mai dirsi completa.

Alla teoria classica (o bipartita), nel corso degli ultimi anni, si è affiancata una nuova teoria generale del reato (la cd. "teoria tripartita"), secondo la quale, ai fini della configurabilità del reato, è richiesta la presenza non solo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo ma anche della cd. "*antigiuridicità obiettiva*", intesa come assenza di cause di giustificazione che rendano lecito il fatto di reato (ad es. la legittima difesa, il consenso dell'avente diritto, stato di necessità).

Secondo la **teoria tripartita**, gli elementi essenziali del reato

sono dunque tre: l'elemento oggettivo, l'elemento soggettivo e l'antigiuridicità obiettiva, la quale assume una sua rilevanza autonoma rispetto agli altri due elementi.

3.1. (segue) *L'elemento oggettivo del reato*

Tradizionalmente, l'elemento oggettivo del reato, a sua volta, si compone di quattro elementi:

- 1) la condotta umana;
- 2) l'evento;
- 3) il nesso causale;
- 4) l'assenza di *scriminanti* (ad es. stato di necessità, legittima difesa, consenso dell'avente diritto), la cui (eventuale) presenza è idonea a rendere lecita una determinata fattispecie di reato.

Procediamo ad analizzare partitamente tali elementi costitutivi del reato, che – per esemplificare – potremmo paragonare agli *spicchi* della prima *metà della mela platoniana*, poco sopra presa a prestito.

La **condotta umana** rappresenta un qualsivoglia comportamento, in contrasto con la legge penale, idoneo a modificare la realtà esterna.

Si distingue la condotta attiva da quella omissiva.

La prima, tipica dei reati cd. commissivi, si struttura in un *facere*, ovvero in un'azione attiva (ad es., nello scagliare un oggetto di metallo all'indirizzo di una scultura di inestimabile valore, danneggiandola).

La seconda, dalla quale prendono origine i cd. reati omissivi, si caratterizza invece per un *non facere*, ovvero nel mancato compimento di una determinata azione che si avrebbe l'**obbligo giuridico** di porre in essere.

Ad esempio, in tema di reati contro il patrimonio culturale, costituisce condotta omissiva penalmente rilevante il danneggiamento di un'opera d'arte derivante dalla violazione dell'obbligo di corretta conservazione del bene culturale, posto dall'art. 30, III comma, d.lgs. 42/2004 a carico del proprietario (nonché del possessore o del detentore) del bene di interesse culturale.

Con specifico riferimento ai reati omissivi, la dottrina e la giurisprudenza, da diversi anni, operano, all'interno di tale tipologia di reati, un'ulteriore distinzione fra **reati omissivi propri**, nei quali è sufficiente e necessaria la mera omissione senza che si verifichi alcun ulteriore evento (ad es., l'omissione di soccorso) e **reati omissivi impropri**, per i quali è invece necessario che alla omissione segua un determinato evento derivante dalla condotta omissiva (ad es., l'omicidio colposo del lavoratore derivante dall'omessa predisposizione, da parte del datore di lavoro, dei dispositivi di sicurezza idonei a garantire l'incolumità del dipendente).

La distinzione fra reati a condotta attiva (reati commissivi) e reati a condotta omissiva (reato omissivi) opera anche nel campo del DPBC.

Se, infatti, i reati di “furto d'arte” (art. 176 d.lgs. 42/2004) ed il delitto di contraffazione di opera d'arte (art. 178 d.lgs. 42/2004) costituiscono due ipotesi classiche di reati a condotta attiva (o reati commissivi), viceversa, sono ascrivibili alla categoria dei reati a condotta omissiva (o reati omissivi) il reato di collocazione e rimozione illecita di beni culturali (art. 171 d.lgs. 42/2004) e quello di omessa denuncia nel caso di scoperta fortuita di reperti (art. 175 d.lgs. 42/2004).

Come accennato in apertura del presente paragrafo, altro fattore caratterizzante l'elemento oggettivo del reato è l'**evento**.

L'evento del reato può essere identificato, **in senso giuridico**, con la lesione dell'interesse giuridico protetto dalla norma incriminatrice, o, **in senso naturalistico**, con il risultato o la conseguenza – sotto il profilo materiale – della condotta umana.

Tale differenza è da ritenersi non di poco conto, in quanto – aderendo all'accezione di evento “in senso giuridico” – esso dovrebbe ritenersi configurabile in tutti i reati, poiché tutte le fattispecie criminali offendono (ledendolo o mettendolo in pericolo) l'interesse giuridico (l'oggetto giuridico) tutelato dalla norma incriminatrice.

Al contrario, aderendo alla tesi dell'evento “in senso naturalistico”, l'evento non sarebbe più elemento imprescindibile di tutti reati, ben potendo taluni reati ritenersi perfezionati (e, dunque, completi) con il solo compimento della condotta (i cd. reati di pura condotta).

Nel campo del DPBC, a titolo esemplificativo, possono ricomprendersi fra i reati di pura condotta, per i quali, dunque, è sufficiente e necessario, sotto il profilo oggettivo, il mero realizzarsi della condotta tipica, indipendentemente dal verificarsi dell'evento: il reato di inosservanza delle prescrizioni di tutela indiretta (art. 172 d.lgs. 42/2004) o quello di omessa denuncia (art. 175 d.lgs. 42/2004).

Sono, invece, da ritenersi – fra gli altri – reati d'evento i delitti di esportazione illecita (art. 174 d.lgs. 42/2004) e quello di contraffazione di opera d'arte (art. 178 d.lgs. 42/2004), per la cui consumazione è essenziale che il bene d'interesse culturale (o l'opera d'arte, secondo il dettato dell'art. 178) sia illecitamente esportato dal territorio nazionale o sia oggetto di contraffazione, alterazione o riproduzione da parte dell'agente.

Ai fini della configurabilità dell'elemento oggettivo del reato, è altresì necessario il cd. **nesso di causalità, ovvero l'esistenza di un rapporto di causa-effetto fra la condotta e l'evento.**

Ai sensi dell'art. 40 c.p., infatti, *“nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è **conseguenza della sua azione od omissione**”*. Idonee ad interrompere il nesso di causalità sono **solo** *“le cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento”* (art. 41, Il comma, c.p.).

Trasponendo – a titolo esemplificativo – tali considerazioni al Diritto Penale dei beni culturali, nel caso del reato di danneggiamento al patrimonio culturale previsto dall'art. 733 c.p., il nesso di causalità fra condotta ed evento potrà dunque dirsi interrotto (con conseguente esonero del soggetto attivo da responsabilità penale) nell'ipotesi in cui l'evento tipico (la distruzione, il deterioramento, il danneggiamento della *res*) sia stato determinato non dalla condotta dell'agente ma da cause sopravvenute alla condotta dell'agente *“da sole sufficienti a determinare l'evento”* (ad es. un fulmine che abbia danneggiato irrimediabilmente l'opera di rilevante pregio).

Del resto, ragionare diversamente, ovvero imputare anche in tal caso la responsabilità per l'evento al soggetto agente, significherebbe violare il principio dettato dall'art. 27 Cost., a norma del quale *“la responsabilità penale è personale”*.

3.2. (segue) *L'elemento soggettivo del reato*

Oltre all'elemento oggettivo (o materiale), ai fini della sussistenza di un fatto di reato, è indispensabile che il fatto sia *psicologicamente* attribuibile al soggetto agente (l'elemento soggettivo o colpevolezza): l'altra metà della "*mela platoniana*"!

Sotto il profilo dell'**elemento soggettivo (o psicologico)**, è possibile distinguere il **dolo** dalla **colpa**.

Il **dolo**, che rappresenta il normale criterio di imputazione per i delitti, è **dall'unanime dottrina descritto quale rappresentazione e volizione del fatto tipico**.

Il dolo si struttura, quindi, in una componente rappresentativa (Tizio rappresenta a sé stesso tutti gli elementi del fatto tipico) **ed** in una componente volitiva (Tizio, dopo la rappresentazione del fatto tipico, agisce con la consapevole volontà di realizzare il fatto rappresentatosi).

A seconda dell'intensità del dolo, la giurisprudenza e la dottrina hanno individuato:

- il **dolo eventuale** (l'evento non è voluto dall'agente, il quale – tuttavia – ha agito prevedendolo come possibile conseguenza della sua condotta ed ha agito *accettandone il rischio della sua realizzazione*);

- il **dolo diretto** (l'evento non costituisce l'obiettivo della condotta, ma l'agente lo prevede e lo accetta come risultato *certo* o *altamente probabile* della propria condotta);

- il **dolo intenzionale** (l'evento è perseguito dall'agente come *scopo finale* della propria condotta o come *mezzo necessario* per ottenere un ulteriore risultato).

Nel Diritto Penale dei beni culturali, tipico esempio di reato doloso (a dolo diretto) è il delitto di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato.

Ai fini della configurabilità di tale reato è infatti essenziale, sotto il profilo soggettivo, che il soggetto attivo abbia agito con la volontà di impossessarsi della cosa, conoscendone la falsità.

La **colpa**, invece, si caratterizza, da un lato, per l'assenza della volontà del fatto tipico, mentre, dall'altro, per la presenza nella

condotta dell'agente di **imprudenza, imperizia, negligenza (colpa generica)** o di **inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica)**.

È inoltre opportuno rilevare che, nei delitti, la responsabilità per colpa è eccezionale.

Pertanto, si risponderà a titolo di colpa **solo** in presenza di un'apposita previsione normativa in tal senso.

Fra i reati contro il patrimonio culturale sono diversi i reati dei quali si risponde a titolo di colpa.

Su tutti, a titolo esemplificativo, è opportuno ricordare il **reato di omessa denuncia di reperti archeologici** (art. 175 d.lgs. 42/2004) o quello di **danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale** (art. 733 c.p.).

3.3. (segue) *Le sanzioni penali*

In genere, la norma penale si compone di due parti: il precetto e la sanzione.

Il precetto è costituito da un comando o un divieto a tenere una data condotta o a cagionare un determinato evento. La sanzione (o *pena* nel Diritto Penale) è, invece, la conseguenza, sul piano giuridico, connessa alla violazione del precetto.

Dal combinato disposto dagli artt. 17 e 39 c.p., la tipologia (o specie) di pena irrogata permette di operare la *summa divisio* fra:

- a) delitti, puniti con l'ergastolo o reclusione (pene detentive) e/o con la multa (pena pecuniaria);
- b) contravvenzioni, punite con l'arresto (pena detentiva) e/o l'ammenda (pena pecuniaria).

Con riferimento ai reati contro il patrimonio culturale, rientrano fra le **contravvenzioni**: il reato di opere illecite (art. 169 d.lgs. 42/2004); il reato di uso illecito di bene culturale (art. 170 d.lgs. 42/2004); il reato di collocazione e rimozione illecita (art. 171 d.lgs. 42/2004); il reato di inosservanza delle prescrizioni di tutela indiretta (art. 172 d.lgs. 42/2004); il reato di violazione di ricerche archeologiche (art. 175 d.lgs. 42/2004); il reato di inosservanza dei provvedimenti amministrativi (art. 180 d.lgs. 42/2004); il reato di

danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale (art. 733 c.p.).

Sono, invece, **delitti**: il reato di violazioni in materia di alienazione (art. 173 d.lgs. 42/2004); il reato uscita o esportazione illecita (art. 174 d.lgs. 42/2004); il reato di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato (art. 176 d.lgs. 42/2004) ed, infine, il reato di contraffazione di opere d'arte (art. 178 d.lgs. 42/2004).

La distinzione fra delitti e contravvenzioni rileva, principalmente, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, sotto il profilo delle caratteristiche dell'**elemento soggettivo** del reato.

Se, infatti, nei delitti, il dolo rappresenta il criterio tipico di imputazione e la colpa l'eccezione a tale regola, nelle contravvenzioni, invece, l'elemento soggettivo può essere costituito indifferentemente dal dolo o dalla colpa.

Pertanto, nelle contravvenzioni, l'elemento soggettivo potrà essere integrato semplicemente dalla colpa, non essendo richiesto all'agente un contributo psicologico di maggiore intensità, quale quello tipico del dolo.

In secondo luogo, sotto il profilo della **prescrizione del reato**.

Ai sensi dell'art. 157 c.p., difatti, la prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto ed a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

La previsione di un termine di prescrizione (e, dunque di estinzione del reato) differente fra delitti e contravvenzioni pone tuttavia, all'interno dei processi in tema Diritto Penale dei beni culturali, un *paradosso* degno di nota.

Ed invero, posto che nel DPBC la gran parte dei reati è di tipo contravvenzionale e che l'**accertamento di tali reati richiede tempi processuali molto lunghi** (si tratta di fatti criminali la cui istruttoria impone, molte volte, l'acquisizione di prove laboriose come perizie e consulenze tecniche), la previsione, da parte del Legislatore, di un termine di prescrizione così breve per tali reati rende – in talune ipotesi – pressoché impossibile poter accertare, in via definitiva, molti dei fatti di reato contro il patrimonio culturale oggetto delle indagini avviate dalla Magistratura.

La situazione appena descritta si aggrava, inoltre, ove si consideri che il decorso del termine prescrizionale viene ancorato dalla norma non al momento dell'accertamento del fatto di reato, bensì a quello della sua consumazione.

Ebbene, se si considera che, nei reati contro il patrimonio culturale, il momento di consumazione dell'illecito molte volte si colloca in un arco di tempo assai lontano da quello dell'accertamento (*alias*: della scoperta) del fatto criminale, emerge con tutta evidenza che il tradizionale sistema di prescrizione dei reati (in particolare, quelli contravvenzionali) indebolisce fortemente l'"effettività" della tutela penale del bene culturale.

Sotto tale profilo è quindi da ritenere positivo (ma ancora insufficiente e non risolutivo) l'intervento *ortopedico* in materia di prescrizione del reato eseguito mediante la previsione dell'XI comma della legge 103/2017, che *dilata* i termini di prescrizione, introducendo una nuova causa di sospensione del corso della prescrizione del reato fra il primo ed il secondo grado di giudizio.

Tuttavia, tenuto conto delle surichiamate caratteristiche dei reati contro il patrimonio culturale, sembrerebbe più ragionevole predisporre un diverso sistema di prescrizione degli stessi (magari, computando come *dies a quo* per il decorso della prescrizione il momento di accertamento del reato e non quello della sua consumazione) o, quantomeno, **procedere alla "trasformazione" delle contravvenzioni in delitti, mediante la sostituzione delle pene dell'arresto e/o dell'ammenda con quelle di reclusione e/o della multa.**

Ed invero, tale ultima soluzione, di facile realizzazione per il Legislatore, unitamente ad una contestuale ridefinizione dell'elemento soggettivo richiesto per la configurazione di tali "nuove" figure delittuose attraverso la specificazione del criterio di imputazione degli stessi (dolo o colpa), potrebbe rappresentare il primo passo verso una tutela penale del bene culturale dotata di maggiore efficacia, evitando che l'azione penale perda di efficacia a causa della *mannaia* della prescrizione.

Tracciati gli elementi costitutivi del reato, è bene adesso soffermarsi sul **concetto "penalistico" di bene culturale**, la cui esatta definizione è essenziale nel valutare se una determinata condotta possa essere o meno ritenuta penalmente rilevante.

4. IL CONCETTO “PENALISTICO” DI BENE CULTURALE

La nozione di “bene culturale”, oggi normativizzata dall’art. 2 del d.lgs. 42/2004, è stata introdotta all’interno dell’esperienza giuridica italiana solo alla fine degli anni ’60, con la pubblicazione, nel 1967, dei lavori (84 dichiarazioni e 9 raccomandazioni) della Commissione parlamentare (cd. “*Commissione Franceschini*”) istituita con la legge 310/1964.

Fu, infatti, tale Commissione che, per prima in Italia, propose la sostituzione dell’espressione “*antichità e belle arti*” con “*beni culturali*”, definendo questi ultimi come “*testimonianze materiali aventi valore di civiltà*”.

Tale definizione di bene culturale è stata successivamente rielaborata dal Legislatore, che, mediante la caduta (già nel 1999, ad opera del d.lgs. 490) dell’aggettivazione “*materiali*”, ha conferito alla definizione di “beni culturali” una latitudine ancora maggiore.

Attualmente, la definizione “generale” di bene culturale è data dall’art. 2 del d.lgs. 42/2004, secondo il quale sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 ed 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà.

L’art. 10 del d.lgs. 42/2004, a sua volta, individua diverse categorie di beni culturali.

Al *primo comma* viene data la definizione dei cd. beni culturali di “*appartenenza pubblica*”, ovvero quelle cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle Regioni, agli altri Enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico ed a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentino interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

Elementi connotativi di tale “categoria” di beni culturali sono, quindi, da un lato, l’appartenenza degli stessi a soggetti pubblici (o privati, ma senza fine di lucro: le cd. ONLUS), dall’altro lato, la sussistenza di un semplice “interesse culturale”.

Il *secondo comma* concerne, invece, i cd. beni culturali *ope legis*, ossia quei beni considerati *ex lege* come beni culturali, ove ri-

compresi nell'elenco di cui al II comma dell'art. 10 (raccolte di musei, pinacoteche, gallerie, le raccolte librerie delle biblioteche) ed appartenenti ai soggetti (**solo** pubblici) indicati dalla stessa disposizione.

Al *terzo comma* è invece ricompresa la categoria dei cd. beni culturali per *dichiarazione amministrativa*.

Sono da ritenersi tali, quando sia intervenuta la dichiarazione *ex art. 13 d.lgs. 42/2004*:

a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico *particolarmente importante*, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al I comma (ovvero, Stato, Regioni, enti pubblici territoriali, persone giuridiche private senza scopo di lucro);

b) gli archivi ed i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico *particolarmente importante*;

c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di *eccezionale interesse culturale*;

d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestano un interesse *particolarmente importante* a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;

d-*bis*) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione¹;

e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestono come complesso *un eccezionale interesse*.

¹ Lettera, quest'ultima, inserita dalla legge 124/2017, entrata in vigore il 29 agosto 2017, che ha introdotto diverse modifiche alla normativa in tema di beni culturali "al fine di semplificare le procedure relative al controllo della circolazione internazionale delle cose antiche che interessano il mercato dell'antiquariato".

Gli elementi caratteristici della categoria di beni culturali di cui al III comma dell'art. 10 sono numerosi.

Ed invero, in primo luogo, tali beni – a differenza di quelli elencati nei commi precedenti dell'art. 10 – possono anche non appartenere a soggetti pubblici.

Anzi, in talune ipotesi [lett. a), b), c)] è la stessa norma a prevedere, esplicitamente [lett. b) e c)] o implicitamente [lett. d)-d-bis)], l'appartenenza di tali beni esclusivamente a soggetti privati.

In secondo luogo, la norma *de qua* richiede che il bene, al fine di poter essere considerato come bene culturale, debba rivestire un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico *o particolarmente importante* [lett. a), b), d)] o, addirittura, *eccezionale* [lett. c), d-bis) ed e)].

Tale osservazione permette dunque di delineare un primo tratto distintivo, di carattere sostanziale, fra i beni di cui al I ed al II comma e quelli di cui al III comma dell'art. 10 del d.lgs. 42/2004.

Se, infatti, per i primi (I e II comma) è sufficiente, sotto il profilo della *culturalità*, il “**semplice**” interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico; per i beni di cui al III comma, è invece richiesto un *quid pluris*, in quanto tale interesse dev'essere **particolarmente importante** o, in taluni casi, **eccezionale**.

In altri termini, volendo schematizzare quanto detto, è come se, per i beni culturali di cui al III comma, l'“*asticella della culturalità*” – al di sopra della quale scatta la tutela (anche penale) prevista dal *Codice dei beni culturali e del paesaggio* – sia posta qualche centimetro più in alto rispetto al livello cui è collocata per i beni di cui al I ed al II comma dell'art. 10.

Ma vi è di più.

Il *terzo comma* prevede, infatti, un ulteriore elemento di tipo formale: la presenza della dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13 del d.lgs. 42/2004, che accerta la sussistenza dell'“*interesse culturale*” richiesto dal III comma dell'art. 10 (ovvero il “*particolare*” o, in certi casi, “*eccezionale*” interesse culturale del bene).

In merito alla *natura* del vincolo apposto mediante tale dichiarazione, negli anni passati, si è discusso non poco sul valore di tale titolo.

In particolare, ci si interrogava in merito al fatto se la **dichiarazione di interesse culturale avesse natura *dichiarativa o costitutiva***.

Ed invero, aderire alla prima o alla seconda opzione significava essenzialmente questo: se il vincolo ha natura costitutiva, esso imprime alla cosa un carattere che precedentemente era assente e, quindi, l'*attrae* nell'area protetta dei beni culturali; se – viceversa – il vincolo ha natura dichiarativa, la qualità intrinseca di bene culturale particolarmente importante *preesiste* al provvedimento amministrativo, il quale non ha altra funzione che riconoscerla (o dichiararla).

L'attuale formulazione dell'art. 13 sembrerebbe propendere per la tesi della natura dichiarativa ("*la dichiarazione accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'art. 10 co. 3*"), dalla quale – come vedremo *ultra* – ha preso vigore la tesi della esistenza di *un patrimonio culturale reale*, in forza della quale un bene – laddove sia munito di "*valore culturale intrinseco*" – può essere considerato quale bene culturale (con tutte le conseguenti limitazioni delle potestà dominicali contemplate dal d.lgs. 42/2004) anche nell'ipotesi in cui manchi l'accertamento dell'importante culturalità della *res*.

In altri termini, secondo tale orientamento, i beni possono considerarsi protetti, con tutte le conseguenze di legge, anche ove l'accertamento sia mancato, purché il loro valore culturale intrinseco sia particolarmente rilevante².

L'art. 10 del d.lgs. 42/2004 si chiude, infine, con le previsioni di cui al IV ed al V comma.

In particolare, al *quarto comma* vengono elencati i cd. beni culturali *esemplificati*, ovvero taluni beni culturali riconducibili alle "macro" categorie di cui ai precedenti I e III comma.

Al *quinto comma*, invece, a seguito della riforma operata con la legge 124/2017, viene sancito il principio in virtù del quale, salvo quanto disposto dagli artt. 64 (attestati di autenticità e provenienza) e 178 (contraffazione di opere d'arte), non sono soggette alla disciplina in tema di tutela dei beni culturali le cose indicate al I comma e al III comma, lett. a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni, nonché le cose indicate al III comma, lett. d-*bis*), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni.

² Cass. pen., 18 ottobre 2012, sent. n. 45841, in *CED Cass. pen.*, 2012; nonché Cass. pen., 15 febbraio 2005, sent. n. 21400, in *Cass. pen.*, 2006, p. 46.

Chiariti i tratti essenziali della definizione di bene culturale presente nella legislazione di settore, assume adesso fondamentale importanza rispondere al seguente quesito: **in tema di Diritto Penale dei beni culturali è possibile mutuare per intero la predetta definizione di bene culturale, tipica della legislazione dei beni culturali?**

O, invece, in campo penalistico, la definizione di bene culturale assume dei tratti peculiari e, per certi versi, **distinti** dalla definizione “generale” di bene culturale ricavabile dall’art. 10 del d.lgs. 42/2004?

Ed invero, la tematica *de qua* – afferente sostanzialmente l’esatta definizione, *ai fini penalistici*, di bene culturale – oltre ad essere oggetto di ampio dibattito, continua a rivestire una **notevole importanza sotto il profilo pratico**.

Difatti, chiarire con esattezza cosa si intenda, in campo penalistico, per bene culturale, permette all’interprete di circoscrivere, con precisione, l’oggetto *materiale* della tutela penale e, dunque, di individuare, concretamente, quali beni possano ritenersi oggetto materiale (in senso penalistico) delle condotte descritte all’interno dei reati posti a tutela dei beni culturali ed, in definitiva, capire se un dato comportamento possa o meno integrare un reato ai danni del patrimonio culturale.

Indagine che, come detto, anche sotto il profilo pratico, assume particolare rilievo, atteso che – laddove si concluda nel senso che un determinato comportamento non abbia ad oggetto un bene di interesse culturale – si arriverebbe alla conclusione che determinate condotte ricadenti su tale bene potrebbero **non** essere penalmente sanzionabili e, quindi, l’agente non rischierebbe alcuna limitazione della propria libertà personale per la loro realizzazione.

Si pensi al caso dell’esportazione illecita: se oggetto di tale condotta è un bene di interesse culturale, per la cui esportazione è necessario il previo rilascio di un attestato di libera circolazione, allora, l’esportazione *sine titulo* costituirebbe reato (art. 174 d.lgs. 42/2004) e l’autore di tale condotta potrebbe vedersi applicata una pena detentiva sino a quattro anni di reclusione.

Diversamente, ove la medesima condotta di esportazione del bene dovesse ricadere su un bene non ritenuto di interesse culturale, allora, per la medesima condotta (esportazione senza titolo), non

si avrebbe alcun reato ed il soggetto agente non sarebbe passibile di alcuna pena detentiva.

È quindi evidente che circoscrivere con esattezza il concetto penalistico di bene culturale assume un'importanza fondamentale, incidendo tale analisi anche sulla libertà personale dell'agente.

Al riguardo, in dottrina ed in giurisprudenza, tale *diatriba* si è manifestata con la sempre crescente distinzione fra *bene culturale dichiarato* e *bene culturale reale*.

In particolare, con l'espressione *bene culturale dichiarato* si identifica, sostanzialmente, quel bene (materiale ed immateriale) il cui valore artistico sia stato oggetto di preventiva e formale dichiarazione *ex art. 13 d.lgs. 42/2004*.

Secondo i fautori di tale tesi, pertanto, l'oggetto della tutela penale sarà circoscritto ai **soli** beni che, **in quanto dotati di una specifica attestazione** (la dichiarazione *ex art. 13 d.lgs. 42/2004*, detta anche "notifica") possano essere ritenuti culturali e, dunque, meritevoli di tutela.

A sostegno di tale orientamento, militano alcune pronunzie della Corte di Cassazione e di taluni Giudici di merito.

In particolare, nel 2004, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che, ai fini della configurabilità del reato di impossessamento di beni culturali, a differenza delle disposizioni previgenti, è necessario che i beni oggetto materiale del reato siano qualificati come tali in un *formale* provvedimento della preposta autorità amministrativa, in quanto rivestano un oggettivo interesse, che sia eccezionale o particolarmente importante³.

O ancora, con specifico riferimento al reato di omessa denuncia, secondo un'altra sentenza del Supremo Collegio, l'obbligo di denuncia sussisterebbe esclusivamente con riferimento a quei beni che abbiano formato oggetto della speciale dichiarazione prevista dall'art. 13 del d.lgs. 42/2004⁴.

³ Cass. pen., 27 maggio 2004, n. 28929, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3451.

⁴ Cass. pen., 10 luglio 2001, sent. n. 27677, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3546. Nello stesso senso depongono anche, fra le pronunzie di merito, Trib. Roma, sent. 14 ottobre 2005; Trib. Roma, sent. 23/9/2005; App. Roma, sent. 9 febbraio 2004; Trib. Roma, 28 novembre 2001, queste ultime *inedite*.

Secondo l'orientamento appena esposto, **dovrebbe dunque considerarsi, ai fini penalistici, bene culturale solo quel bene oggetto di una specifica dichiarazione in tal senso.**

Solo tali beni, pertanto, potranno ritenersi oggetto materiale delle condotte descritte all'interno dei reati posti a tutela dei beni culturali.

Diverso è, invece, il concetto di *bene culturale reale*.

È infatti *bene culturale reale* quel bene (materiale ed immateriale) ritenuto meritevole di tutela culturale (anche di tipo penale) quando il suo valore culturale *intrinseco* sia *particolarmente rilevante*, **anche in assenza di un formale ed esplicito accertamento della sua *culturalità*.**

In particolare, secondo i sostenitori di tale tesi, il suo fondamento normativo sarebbe da rinvenirsi nell'inciso contenuto all'art. 2 del d.lgs. 42/2004, laddove il Legislatore, nel definire il concetto di bene culturale, menziona anche le *“altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà”*.

Ed invero, tale formula di chiusura consentirebbe di ravvisare il bene giuridico protetto dalle nuove disposizioni sui beni culturali ed ambientali non soltanto nel patrimonio storico-artistico dichiarato, ma anche in quello reale, ovvero in quei beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte della P.A.

Tuttavia, a nostro avviso, sembra che il riferimento all'inciso dell'art. 2 del d.lgs. 42/2004 per giustificare una volontà legislativa di tutelare anche il bene culturale reale sia non del tutto privo da censure.

Difatti, come argomentato da condivisibile dottrina⁵, la disposizione qui considerata rende comunque palese che queste “altre cose” debbano essere individuate dalla legge o, quando ciò non sia possibile, “in base alla legge”.

In altri termini, anche in questo secondo caso è sempre la legge che deve fornire i parametri perché, con atto di normazione subordinata e/o con provvedimento amministrativo quando si tratti di nuove categorie, siano individuati i nuovi beni culturali da tutelare.

⁵ G. PIOLETTI, *Considerazioni sull'obbligo di denuncia per il privato del trasferimento di beni culturali non notificati*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 49.

Altro motivo di critica nei confronti della tenuta della tesi del bene culturale reale deriverebbe dalla *Relazione illustrativa al "Codice"*, che – testualmente – afferma che “*oltre alle cose immobili e mobili, individuate in base all’elenco tipologico dell’art. 10 indicate direttamente dalla legge (all’art. 11), resta aperta la possibilità che ‘altri’ beni vengano individuati dalla legge o in base alla legge (...) quali testimonianze aventi valore di civiltà*”.

Ed invero, tale passaggio della Relazione potrebbe ben essere interpretato nel senso che l’inciso di cui all’art. 2 del *Codice* non sarebbe diretto all’interprete affinché questi individui un patrimonio culturale “reale” da sottoporre a tutela, ma esclusivamente al Legislatore perché, occorrendo, individui – **con fonte normativa** – *altri* beni culturali che costituiscano testimonianza di civiltà.

Peraltro, a favore della “copertura normativa” della tesi favorevole ad un’accezione reale di bene culturale parrebbe deporre la non felice formulazione dell’art. 2-*decies* della legge 109/2005, che – per escludere la protezione in riferimento alle collezioni di monete di carattere ripetitivo – sembrerebbe legittimare l’opinione che le collezioni importanti formino oggetto di protezione *anche in assenza* della dichiarazione *ex art. 13, I comma*.

Anche tale ultimo argomento, tuttavia, non pare meritare pieno accoglimento, quantomeno per una ragione.

Né il Legislatore né tantomeno la giurisprudenza, infatti, hanno mai chiarito se la non obbligatorietà di una preventiva dichiarazione di importante culturalità riguarderebbe solo le collezioni di monete (come sembrerebbe risultare dal testo dell’art. 2-*decies* sopra riportato) o se, invece, si estenderebbe ad ogni altro tipo di bene culturale.

L’assenza di tale chiarimento, unito al divieto di analogia in materia penale, rendono – in conclusione – a nostro avviso poco convincente la possibilità di estendere *tout court* a tutti i beni culturali quanto contenuto nella citata disposizione di settore.

Riassumendo, è quindi possibile sostenere come – *in subiecta materia* – vi sia solo una certezza: l’assenza di certezze in ordine all’esatta definizione di bene culturale in campo penalistico.

Preso atto dell’esistenza di tesi diametralmente opposte in merito a cosa debba intendersi – ai fini penalistici – per “bene culturale”, allo scopo di capire *funditus* l’importanza di tale dibattito e

consentire all'interprete di partecipare attivamente alla risoluzione di tale "rebus", è utile esaminare quali siano le conseguenze, sul piano pratico, dell'adesione alla tesi della tutela del bene culturale dichiarato o alla tesi opposta della tutela del bene culturale reale.

Ebbene, *aderendo alla prima tesi (tutela del bene culturale dichiarato)*, e – quindi – circoscrivendo la tutela ai soli beni il cui valore artistico sia oggetto di previa dichiarazione, si assicurerebbe, da un lato, maggiore certezza (valore, quest'ultimo fondamentale in materia penale); mentre, dall'altro, si rischierebbe di privare di protezione tutti quei beni privati sprovvisti di dichiarazione ma, comunque, dotati di un intrinseco valore culturale (si pensi all'opera di un'artista importante posseduta da un ignaro privato).

Viceversa, *aderendo alla tesi della tutela del bene culturale reale*, si allargherebbe il raggio d'azione della tutela penale del patrimonio culturale, ricomprendendovi anche quei beni privati sforniti di dichiarazione (anche perché "sconosciuti" all'Autorità), ponendo in essere un ampliamento della nozione di bene culturale fornita dall'art. 10, III comma, d.lgs. 42/2004.

Tuttavia, assicurare una tutela penale del bene culturale reale se, *prima facie*, può apparire più suggestivo in quanto – così facendo – si garantirebbe una tutela penale anche in favore di beni comunque dotati di un intrinseco valore culturale (a prescindere dal requisito *formale* della dichiarazione di interesse culturale); ad un'analisi più approfondita, tale soluzione è – a nostro avviso – da ritenere non del tutto condivisibile in un'ottica di tutela penale.

Ed invero, la piena adesione alla tesi della tutela del patrimonio culturale reale aprirebbe (pericolosamente) la strada alla pressoché totale discrezionalità del Giudice o dell'interprete (in netto contrasto con i principi di tassatività previsti in materia penale) in merito a questioni di fondamentale importanza.

In particolare, a titolo esemplificativo, per poter valutare – *in assenza di una dichiarazione ex art. 13 d.lgs. 42/2004* – se un bene possa essere o meno considerato culturale, su quali parametri dovrà basarsi il giudizio sull'esistenza dell'*interesse rilevante*?

O ancora, a chi spetterebbe la valutazione della particolare importanza, vista l'impossibilità di pretenderla dal cittadino qualsiasi, chiamato non solo a classificare un proprio bene ma anche a stabilirne il livello di importanza?

Ed inoltre, a quante ed a quali stravaganze giudiziarie si arriverebbe mediante l'istituzionalizzazione della figura di un "judex in re propria"?

Come si concilierebbe tale figura con i principi di tassatività e riserva di legge previsti dal nostro ordinamento?

Secondo i sostenitori della tesi della tutela del patrimonio culturale reale, i dubbi sopra esposti potrebbero essere risolti affidando al Giudice (o al perito nominato dal Tribunale) il giudizio (processuale) circa la culturalità o meno del bene oggetto materiale di una determinata condotta.

Tale soluzione appare però, secondo la nostra opinione, non immune da severe critiche, atteso che – nella gran parte dei casi pratici – i processi penali in tema di "beni culturali" hanno ad oggetto condotte ricadenti su beni quali "cocci", vasi, monete antiche, in relazione ai quali è assai difficile esprimere un **unanime** giudizio di culturalità.

Difficoltà di giudizio aggravata dall'assenza di criteri univoci e specifici nel valutare la culturalità di un determinato bene: troppo generiche sono infatti le circolari ministeriali degli anni '70, ancora in vigore in attesa dell'emanazione delle nuove, previste dalla legge 124/2017.

In altri termini, trasponendo quanto appena detto nella realtà processuale italiana, si potrebbe verificare che – con riferimento alla medesima condotta avente ad oggetto lo stesso bene (ad esempio l'esportazione senza titolo di una moneta apula) – per un Giudice (o per il perito da quest'ultimo nominato), tale condotta debba ritenersi penalmente lecita, non potendo considerarsi l'oggetto materiale della condotta quale "bene culturale"; per un altro Giudice, invece, rivestendo tale bene "valore culturale intrinseco", l'esportazione della cosa in assenza di valido titolo dovrà ritenersi penalmente perseguibile: stessa condotta, stesso bene oggetto di valutazione, due verdetti diametralmente opposti!

In poche parole, così facendo, si aprirebbe il campo a vere e proprie forme di *relativismo giudiziario*, in netto contrasto con i principi costituzionali in tema di responsabilità penale.

Infine, giova rilevare come la mancanza di certezza ed i dubbi in merito ai parametri cui poter ancorare la valutazione di culturalità finirebbero per neutralizzare (se non addirittura contrastare) l'o-

biiettivo principale che si pone la tesi del bene culturale reale, ovvero quello di garantire, mediante un ampliamento dell'oggetto materiale della tutela penale, una maggiore tutela del patrimonio culturale.

Difatti, anche nel mercato (inteso in senso ampio) dell'Arte e dei beni culturali, vale la regola secondo la quale, quando il mercato è sicuro ed ha regole certe, gli operatori (i cittadini, la P.A., i professionisti del settore) vi confluiscano con fiducia ed in gran numero; viceversa, se il mercato non è sicuro e non ha regole precise, gli operatori saranno pochi (chi vorrebbe investire in un mercato incerto?) e, probabilmente, avranno solo fini speculativi.

Quindi, aderire alla tesi del *bene culturale reale*, che – come visto – mette in secondo piano l'esigenza di garantire certezza e regole determinate, potrebbe portare – nelle sue estreme conseguenze – a “paralizzare” il mondo del mercato (regolare) dell'Arte, facendo fuggire da esso (a causa della profonda incertezza delle regole) la gran parte degli operatori, con evidente proliferazione di forme di circolazione del bene culturale al di fuori dei normali (e regolari) circuiti commerciali.

In altri termini, si arriverebbe, paradossalmente, a garantire una minore e meno incisiva tutela penale del bene culturale rispetto a quella che si potrebbe garantire aderendo alla tesi del bene culturale dichiarato.

Per concludere sul punto, appare dunque – a nostro avviso – preferibile la tesi della tutela penale del patrimonio culturale dichiarato, in quanto – sotto il profilo costi/benefici – meno sfavorevole rispetto alla tesi opposta della tutela penale del patrimonio culturale reale.

Allo scopo di arginare i tanti dubbi e le conseguenti incertezze (sul piano processuale) sopra evidenziate, la direzione verso la quale dovrebbe avviarsi la politica legislativa in materia di tutela penale dei beni culturali dovrebbe quindi ispirarsi a criteri sostanzialmente qualitativi (**indicando con maggiore precisione cosa si voglia tutelare e come si intenda realizzare tale protezione**) e non prevalentemente quantitativi, come accaduto sinora.

A ciò si aggiunga inoltre che l'iper-tutela quantitativa del patrimonio culturale, in un sistema come il nostro in cui la “coperta è troppo corta”, rischierebbe di trasformarsi in una forma di ipo-tutela,

in quanto tutelare “tutto e comunque” in un Paese, come l’Italia, che – purtroppo – non è strutturalmente in grado di farlo, rischierebbe di lasciare privi di tutela i beni di interesse culturale più importanti.

È quindi essenziale, in ultima analisi, prendere atto che uno Stato, come il nostro, che non può tutelare tutto, abbia il dovere morale di concentrarsi nella tutela solo ciò che è veramente (e maggiormente) importante, verso la cui protezione dovrà quindi convogliare le sue (non ingenti) risorse. In tal senso è quindi doveroso che il Legislatore fornisca dei criteri concreti ed effettivi per consentire all’apparato amministrativo e giudiziario di poter valutare, in maniera univoca e non eccessivamente discrezionale, la culturalità o meno di beni oggetto di esame da parte della P.A. o della Magistratura.

5. TUTELA PENALE DIRETTA E TUTELA PENALE INDIRETTA: FORME “DIVERSE” DI TUTELA PENALE DEL BENE CULTURALE

Esaminate le differenti definizioni (ai fini penalistici) di bene culturale, è adesso utile soffermarsi su quelle che sono le modalità attraverso le quali, concretamente, il Legislatore attua la tutela penale del patrimonio culturale.

In dottrina, da tempo, si sostiene infatti che le forme che può assumere la tutela penale del patrimonio culturale sono sostanzialmente due: la tutela penale *indiretta*, da un lato, e la tutela penale *diretta*, dall’altro lato.

La differenza fra i due modelli è indubbiamente rilevante non solo sul piano teorico ma anche (*rectius*, soprattutto) sul piano pratico.

Difatti, nella tutela penale cd. indiretta, il patrimonio culturale non assume al rango di bene degno di autonoma tutela penale, rappresentando – al più – un disvalore aggiuntivo nell’ambito di fattispecie di reato destinate a tutelare *altri* beni giuridici.

Pertanto, non essendo la culturalità di un bene – secondo tale concezione – meritevole di una tutela penale *ex se*, la lesione di tale valore non sarebbe idonea – da sola – ad integrare una fattispecie di reato, costituendo – al massimo – la circostanza aggravante di un altro reato, diretto a tutelare un diverso bene giuridico.

La lesione della culturalità di un bene avrebbe dunque solo un valore accessorio.

Tale concezione storicamente trae le sue fondamenta nella tradizione *liberista* della tutela del patrimonio culturale tipica dello Stato sabauda. L'idea, di matrice illuministica, di contenere le ingerenze statali nella sfera della proprietà privata portò, infatti, a limitare atteggiamenti protezionistici da parte dello Stato volti a tutelare la *culturalità* dei beni, con l'effetto (sul lungo termine) di dedicare una sempre minore attenzione per la *culturalità* quale bene giuridico autonomo, ritenuta non meritevole di tutela penale in quanto tale.

Esempi di tutela penale indiretta è possibile rinvenirli nella legislazione degli anni '30 (il Codice penale attualmente in vigore è del 1931), nonché nella legislazione speciale in vigore fino agli anni '70.

In particolare all'interno della legislazione speciale, merita di essere menzionato – quale esempio di tutela penale indiretta – il caso del reato di contraffazione di opere d'arte nella sua formulazione **antecedente** alla legge cd. *Pieraccini* del 1971 (legge 1062/1971).

Sino al 1971, infatti, il reato di contraffazione d'opere d'arte non era punito come tale, ma esclusivamente allorquando si fosse dimostrato che la contraffazione aveva costituito il mezzo (l'artificio) utilizzato al fine di realizzare una truffa a danno di altri, con illecito profitto in favore del truffatore e correlativo danno per il truffato.

Pertanto, quello che veniva tutelato dal legislatore attraverso il reato di contraffazione d'opera d'arte nella sua formulazione antecedente al 1971 non era né la genuinità del patrimonio culturale né tanto meno la sicurezza nel commercio delle opere d'arte, come invece avviene oggi. Oggetto della tutela penale era, infatti, solo il patrimonio del truffato o, meglio, l'interesse del truffato a non subire un danno al proprio patrimonio mediante, ad esempio, l'acquisto – *come autentica* – di un'opera d'arte in realtà contraffatta e, dunque, dotata di un valore di inferiore rispetto a quello per il quale era stata compravenduta.

In posizione antitetica alla tutela penale indiretta, si pone invece la tutela penale *diretta* del bene culturale, che rappresenta una for-

ma di tutela penale del bene culturale nella quale il valore della *culturalità* della *res* costituisce **un bene giuridico autonomo**, la cui lesione è **di per sé** degna di tutela penale.

Pertanto, se – nel modello della tutela penale *indiretta* – la lesione della *culturalità* del bene rappresenta un disvalore aggiuntivo nell’ambito di fattispecie di reato destinate a tutelare **altri** beni giuridici, nella tutela penale *diretta*, viceversa, la lesione della *culturalità* è in grado di giustificare **autonomamente** l’applicazione di una sanzione penale, indipendentemente dalla lesione di ulteriori e diversi beni giuridici.

Sotto il profilo delle tecniche di normazione, la differenza fra la tutela penale diretta ed indiretta si traduce nella creazione, nel caso di tutela penale diretta, di appositi titoli – nel Codice Penale o nelle legislazioni speciali – dedicati ai reati contro il patrimonio storico-artistico; mentre, nell’ipotesi di tutela indiretta, nella previsione di semplici circostanze aggravanti poste “a complemento” di altri reati.

Esaminando la normativa italiana, è possibile osservare che:

a) da un lato, il *Codice Penale* (del 1931!) appresta ancora al bene culturale una tutela penale *indiretta*, in netto (ed anacronistico) contrasto con quanto previsto da altre esperienze continentali.

Su tutte, basti considerare che la Spagna ha previsto già nel 1995, all’interno del proprio Codice Penale, un apposito capitolo dedicato alla tutela del patrimonio storico-artistico, intitolato “*De los delitos sobre el patrimonio histórico*”;

b) dall’altro lato, la più *recente normativa speciale* italiana prevede invece una forma di tutela penale *diretta* del bene culturale.

Esempio di tutela penale diretta sono le disposizioni contenute nel Titolo II della Parte quarta del “*Codice dei beni culturali e del paesaggio*” (artt. 169-180), nel quale sono contenute una serie di fattispecie di reato aventi come bene giuridico tutelato il patrimonio storico-artistico.

Concludendo sul tema, è evidente come solo attraverso la tutela penale *diretta* del bene culturale sia possibile garantire, sotto il profilo normativo, una tutela effettiva ed efficace del patrimonio storico-artistico nazionale.

È pertanto auspicabile l’inserimento all’interno del Codice Pe-

nale di un *Titolo* di reati “*contro il patrimonio storico-artistico*” (o “contro il patrimonio culturale”, secondo la dizione utilizzata nel d.d.l. 2864), nel quale siano previste le più gravi forme di offesa del patrimonio storico-artistico italiano, anche in considerazione della varietà e dell’importanza del patrimonio culturale italiano e, quindi, della necessità di adottare – già a livello di *drafting* legislativo – le migliori forme di tutela.

CAPITOLO II

I REATI DI ILLECITA GESTIONE DEL BENE CULTURALE

SOMMARIO: 1. Il reato di uso illecito di beni culturali. – 2. La collocazione e la rimozione illecita di bene culturale. – 3. L'inosservanza delle prescrizioni di tutela indiretta. – 4. Le altre fattispecie di reato afferenti l'illecita gestione dei beni culturali (artt. 169 e 180 d.lgs. 42/2004; art. 733 c.p.). – 4.1. Il reato di opere illecite. – 4.2. Il reato di inosservanza di provvedimenti amministrativi. – 4.3. Il reato di danneggiamento di cui all'art. 733 c.p.

1. IL REATO DI USO ILLECITO DI BENI CULTURALI

La norma. Ai sensi dell'art. 170 del d.lgs. 42/2004 “è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da 775 a 38.734,50 euro, chiunque destina i beni culturali indicati nell'articolo 10 ad uso incompatibile con il loro carattere storico od artistico o pregiudizievole per la loro conservazione o integrità”.

Il bene giuridico protetto. La fattispecie in esame mira a tutelare il bene culturale (sia quello appartenente a privati che quello appartenente a soggetti pubblici) da forme di utilizzo degli stessi “incompatibili” o “pregiudizievoli”.

In particolare, l'art. 170 del d.lgs. 42/2004 rappresenta la norma attraverso la quale viene sanzionata penalmente la violazione del divieto previsto dall'art. 20 del d.lgs. 42/2004, secondo il quale è fatto divieto, fra l'altro, di adibire i beni culturali “ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione”.

Sotto il profilo della sua formulazione letterale, l'art. 170 riproduce, seppur con qualche modifica, il testo del previgente art. 119

del d.lgs. 490/1999, che – a sua volta – si poneva in linea di continuità con il testo dell’art. 11, II comma, r.d. n. 1089/1939 (cd. “*Legge Bottai*”).

A riprova dell’importanza della disposizione in esame, è stato osservato in giurisprudenza che il reato di uso illecito, sanzionando l’uso improprio dei beni culturali, rappresenterebbe la prima e fondamentale barriera per la tutela del patrimonio culturale, “*per una esatta identificazione non formale e coerente del messaggio di cultura di cui tali beni sono espressione ed originale testimonianza*”¹.

Il *soggetto attivo*. L’utilizzo da parte del legislatore del termine “*chiunque*” nonché l’assenza di ulteriori elementi di segno contrario permettono di definire la contravvenzione in esame come **reato comune**.

Il reato potrà dunque essere commesso da chiunque, indipendentemente dal possesso – in capo al soggetto agente – di particolari qualifiche soggettive.

Secondo una risalente (ma mai superata) pronuncia di merito, la norma porrebbe altresì un divieto generale fra i cui destinatari andrebbe ricompresa anche la P.A. preposta alla tutela del vincolo storico-artistico, nel senso che essa non può autorizzare usi impropri dei beni sottoposti a vincolo oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione o integrità².

L’*elemento oggettivo*. Il reato di uso illecito, sotto il profilo della condotta, è da ritenersi – secondo la più recente giurisprudenza – quale **reato di pura condotta e non di evento, non essendo ipotizzabile** in relazione ad esso **una responsabilità da causalità omissiva**³.

In particolare, secondo il Supremo Collegio, a base di tale conclusione si pone l’utilizzo – da parte del Legislatore del 2004 – del verbo “destinare” che, all’evidenza, evocherebbe una condotta com-

¹ Pret. Roma, 9 luglio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, p. 175. La vicenda oggetto di giudizio concerneva l’utilizzo, per talune rappresentazioni, dell’area delle Terme di Caracalla, in Roma.

² Pret. Roma, 9 luglio 1985, cit.

³ Cass. pen., 25 giugno 2014, sent. n. 37756, in *Guida al diritto*, 2014, 47, p. 68.

missiva a forma vincolata, di per sé incompatibile con il disposto del capoverso dell'art. 40 c.p., in relazione al quale il legislatore ha introdotto un requisito concernente le sole fattispecie a forma libera, precisando che non impedire l'evento equivale a cagionarlo, quando l'autore sia titolare dell'obbligo giuridico di impedirlo. In questo modo, nelle figure "causalmente orientate" viene introdotto un elemento extracausale di fattispecie, con la funzione di limitare la portata dell'equazione normativamente posta fra cagionare e non impedire.

Al centro della questione causale si pone quindi la possibilità, da parte dell'autore, di impedire l'evento, possibilità astratta – perché valutabile *ex ante* – ma non per questo identificabile con una mera responsabilità di posizione, fondata sul dovere di impedire. Il rapporto di imputazione concerne il poter impedire, mentre il dovere concerne l'attribuzione di un preciso titolo di responsabilità⁴.

Ne discende, secondo tale condivisibile pronunzia, che in relazione al reato in esame non sia ipotizzabile una responsabilità da causalità omissiva ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

Oggetto della condotta è il destinare "*i beni culturali indicati nell'articolo 10*" o ad uso "*incompatibile con il loro carattere storico od artistico*" o ad uso "*pregiudizievole per la loro conservazione o integrità*".

Ed invero, con riferimento al termine "*destinare*", introdotto dal Legislatore del 2004 in luogo del termine "*adibire*", secondo una parte della dottrina (PIOLETTI), il Legislatore avrebbe inteso sanzionare non più quelle situazioni di "*semplice uso*" pregiudizievole o incompatibile del bene, ma tutte quelle situazioni di "*uso incompatibile o pregiudizievole*" di **apprezzabile durata**.

In altri termini, secondo tale interpretazione, il Legislatore del 2004 avrebbe voluto ridurre le "maglie" della tutela penale, escludendo – mediante l'utilizzo del termine "*destinare*" – taluni comportamenti prima punibili in quanto ricompresi nel più ampio concetto di "*adibire*".

Tuttavia, a nostro avviso, è da ritenere che l'introduzione del termine "*destinare*" al posto di "*adibire*" non abbia mutato in alcun modo il raggio d'azione della norma.

⁴ Così, testualmente, Cass. pen., 25 giugno 2014, sent. n. 37756, cit.

A favore di tale conclusione deporrebbe infatti, da un lato, il fatto che i due termini (“adibire” e “destinare”) siano sinonimi e, dall’altro lato, la formulazione dell’art. 20 (norma, la cui violazione – come detto – è sanzionata proprio dall’art. 170), nel quale viene ancora utilizzato il termine “adibire”.

Per quanto concerne, invece, la *definizione di uso incompatibile*, tradizionalmente, si fa riferimento ad un **uso del bene culturale che ne limiti la fruizione**, ovvero che si ponga in distonia rispetto al valore culturale del bene, determinandone “*la distorsione dal godimento che gli è proprio*”⁵.

Sulla scorta di tale principio è stato quindi stabilito che anche la realizzazione di una struttura provvisoria, idonea ad incidere sulla integrità ed unitarietà dell’uso del bene immobile ad interesse storico-artistico potesse integrare il reato di uso illecito (il caso rimesso all’attenzione della Corte afferiva la destinazione provvisoria a *chiosco per la vendita di souvenir* di una parte del portico della Basilica di Aquileia in provincia di Udine)⁶.

Secondo il Supremo Collegio, infatti, il danno implicito nel reato *de quo* può consistere anche in una diminuzione del *godimento estetico* realizzato con opere incompatibili rispetto alla struttura esistente.

O ancora, secondo una risalente ma interessante pronunzia della Pretura di Reggio Emilia, l’utilizzo di un edificio d’interesse artistico (nella specie, un teatro comunale) come sede di un comizio politico integrerebbe il reato di cui all’art. 170, in quanto gli schiamazzi tipici del dibattito politico sono da ritenere incompatibili con il carattere dell’edificio, nel quale “*dovrebbero essere coltivate calma e serenità*”⁷.

Nella ricostruzione del significato dell’espressione “uso incompatibile” appare inoltre degna di nota un’altra pronunzia, secondo la quale il concetto di uso incompatibile debba essere inteso in sen-

⁵ Cass. pen., 14 febbraio 1996, sent. n. 2708, in *Cass. pen.*, 1997, p. 830. Nello stesso senso, Cass. pen., 17 marzo 2005, sent. n. 14377, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2929.

⁶ Cass. pen., 14 febbraio 1996, sent. n. 2708, in *Cass. pen.*, 1997, p. 830.

⁷ Pret. Reggio Emilia, 8 ottobre 1958, in *Giust. pen.*, 1960, c. 265.

so *dinamico*, mediante un contemperamento dei vari interessi in gioco⁸.

Ed invero, la tesi sostenuta da tale giurisprudenza, a nostro parere, merita accoglimento, in quanto alla base dell'impossibilità di ricondurre il concetto di "uso incompatibile" ad una definizione "statica" sembrerebbe esserci anche la connaturale "mutevolezza" del concetto stesso di "uso incompatibile", dovuta essenzialmente allo stretto legame esistente fra tale concetto ed il continuo mutamento della società, cui il significato di "uso incompatibile" fa naturalisticamente riferimento.

Ne discende pertanto che al mutare dell'una (la società) muta imprescindibilmente anche il concetto (o meglio il "sentire") dell'altro (l'"uso incompatibile") o, ancora, muta il "peso specifico" del concetto di "uso incompatibile" rispetto al "peso specifico" assunto da altri interessi (ad es., iniziativa economica privata, sviluppo, ambiente, etc.), che il mutare della società potrebbe accrescere o diminuire.

Evitare, quindi, di ancorare il concetto di "uso incompatibile" ad una definizione "statica" permetterebbe, in definitiva, di meglio adattare tale concetto ai continui mutamenti della "scala dei valori" dovuti alle continue evoluzioni (o "involuzioni") della società contemporanea, assicurando, in tal modo, un migliore "adattamento" della norma.

Anche la più recente giurisprudenza di legittimità si pone nel solco della citata pronunzia nel ricostruire e definire il concetto di "uso incompatibile".

In particolare, appare meritevole di menzione una sentenza della III Sezione penale della Corte di Cassazione, che – giudicando in ordine alla legittimità di un sequestro preventivo dell'area del Parco pubblico dell'Acquacasola di Genova – ha ritenuto incompatibile l'uso di un bene culturale, costituito dal predetto un parco pubblico, al cui interno erano in corso lavori per la realizzazione di un parcheggio.

Secondo gli Ermellini, infatti, gli interventi che incidano sulla conservazione e l'integrità del bene storico sono possibili, e dunque

⁸ Pret. Venezia, 3 maggio 1993, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, p. 221.

autorizzabili, esclusivamente qualora essi mirino a valorizzare o meglio utilizzare il bene protetto, anche mediante modifiche d'uso che ne salvaguardino, pur in una prospettiva di adeguamento al mutare delle esigenze, la natura ed il valore⁹.

Nel caso sottoposto al vaglio del giudice di legittimità, tuttavia, gli interventi sul bene protetto (il Parco dell'Acquacasa, per l'appunto) non sarebbero stati progettati e realizzati con la finalità di salvaguardare e valorizzare la sua natura storica e di attualizzare la destinazione pubblica che gli appartiene, bensì con la finalità di soddisfare beni ed interessi diversi, che – con quella destinazione – non avevano relazione alcuna.

Per l'effetto, conclude la III Sezione, “*integra il reato di cui all'art. 170 l'uso di un bene culturale attuato mediante interventi incidenti sulla sua conservazione od integrità, ove gli stessi non siano finalizzati a valorizzarne la natura storica od a garantirne un migliore utilizzo quanto, piuttosto, a soddisfare beni ed interessi privi di relazione con tale natura e con la destinazione pubblica*”.

Ai fini della consumazione del reato è comunque essenziale, secondo altro arresto giurisprudenziale, che le condotte volte a determinare una distorsione rispetto alla finalità “propria” del bene culturale siano **concretamente idonee** ad arrecare questo tipo di pregiudizio.

Sulla scorta di tale principio, la Corte di Cassazione ha quindi ritenuto che non possa dirsi consumato il reato in esame nell'ipotesi di un progetto che non abbia ancora ricevuto l'approvazione definitiva, non avendo quindi natura esecutiva, poiché – in tal caso – ci si troverebbe dinanzi ad una condotta inidonea ad offendere, in maniera concreta ed attuale, il bene protetto¹⁰.

Recentemente, è stata altresì posta fine (almeno, al momento) ad un altro tema di interesse nell'analisi dell'art. 170: l'asserita indeterminatezza del concetto di “uso incompatibile” ed il conseguente contrasto, a causa di tale indeterminatezza, con l'art. 25 Cost.

Al riguardo, il Supremo Collegio ha infatti chiarito che l'espressione “*uso incompatibile*” non possa ritenersi affetta da indetermi-

⁹ Cass. pen., 29 settembre 2011, sent. n. 42065, in *CED Cass. pen.*, 2011.

¹⁰ Cass. pen., 21 giugno 2012, sent. n. 35786, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3231.