

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE

Con il supporto di



DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA
SCHOOL OF LAW

ISSN 2612-2103

Rivista classificata scientifica per il settore IUS 17 da Anvur



NUMERO 3 \ 2022

- Nicosia chiama, Italia risponde. I nuovi reati contro il patrimonio culturale, tra vincoli convenzionali, riserva di codice e vincoli di realtà di A. PERRUCCIO
- Il reato di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" nell'applicazione giurisprudenziale di M. PALMISANO
- La procedura estintiva delle contravvenzioni lavoristiche e ambientali tra obbligatorietà e improcedibilità dell'azione penale di V. PAONE
- Il ristretto ambito di applicazione della sanatoria per "doppia conformità" di cui all'art. 36 d.P.R. 380/2001 di L. RAMACCI
- Osservatori (normativa, dottrina, giurisprudenza)



LEXAMBIENTE
Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente
Fasc. 3/2022

**NICOSIA CHIAMA, ITALIA RISPONDE.
I NUOVI REATI CONTRO IL PATRIMONIO CULTURALE, TRA VINCOLI
CONVENZIONALI, RISERVA DI CODICE E VINCOLI DI REALTA'**

**NICOSIA CALLS, ITALY ANSWERS.
THE NEW CRIMES AGAINST CULTURAL HERITAGE, BETWEEN CONVENTIONAL
CONSTRAINTS, RESERVE OF CODE AND CONSTRAINTS OF REALITY**

di Andrea PERRUCCIO

Abstract. Il presente contributo analizza, attraverso un commento a prima lettura, l'adattamento dello statuto penale dei beni culturali agli obblighi di criminalizzazione promananti dal Consiglio d'Europa, con particolare riguardo alla tecnica di normazione all'uopo utilizzata dal legislatore italiano.

Abstract. This contribution analyzes, through a comment at first reading, the adaptation of the criminal statute of cultural heritage to the criminalization obligations issued by the Council of Europe, with particular regard to the standardization technique used by the Italian legislator for this purpose.

Parole chiave: Beni culturali, Convenzione di Nicosia, riserva di codice.

Key words: Cultural Heritage, Nicosia Convention, reserve code.



SOMMARIO: 1. “La terza via” degli obblighi di penalizzazione. - 2. La ricodificazione dei reati contro il patrimonio culturale, tra esigenze di effettività e suggestioni dottrinali. - 3. Tecniche di tutela penale dei beni culturali e vincoli di realtà. - 4. segue: tensioni con il principio di determinatezza. - 5. Conclusioni.

1. “La terza via” degli obblighi di penalizzazione.

La L. 9 marzo 2022, n. 22 introduce all'interno del codice penale “*disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*”.

L'aggiunta di un autonomo titolo, all'interno dell'ordito codicistico, dedicato al patrimonio culturale, deve essere giudicata, in sé, positivamente, facendo essa seguito agli obblighi convenzionalmente assunti dall'Italia all'indomani della ratifica della Convenzione di Nicosia¹.

Quanto alla conformazione degli obblighi promananti dal Consiglio d'Europa, occorre spendere qualche considerazione preliminare, se non altro perché, lungi dal rappresentare un *unicum* nell'esperienza giuridica sovranazionale, essi rinnovano l'attenzione sui cc. dd. vincoli di penalizzazione di “*terzo tipo*” o “*di seconda generazione*”².

1 v. L. 21 gennaio 2022, n. 6, “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali, fatta a Nicosia il 19 maggio 2017*”. Il testo ufficiale del trattato è reperibile presso il portale online dell'ufficio trattati del Consiglio d'Europa al seguente link: www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=221.

2 PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009. L'autrice richiama, in ottica comparata, la dicotomia caldeggiata, nell'esperienza giuridica spagnola, in particolare da SANTANA VEGA, *Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, in *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*, a cura di QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 866 ss. Esempi di obblighi di tutela penale si rinvencono, *in primis*, nelle costituzioni europee, e proprio la Costituzione spagnola assurge a paradigma rilevante. Per quanto qui rileva, con precipuo riferimento alla tutela penale del patrimonio culturale, se ne riporta l'art. 46, a tenore del quale: “*I poteri pubblici garantiranno la conservazione e promuoveranno l'arricchimento del patrimonio storico, culturale e artistico dei popoli della Spagna e dei beni che lo integrano, quale che sia il suo regime giuridico e la sua titolarità. La legge penale sanzionerà gli attentati contro questo patrimonio*”. Di rilievo l'ampia riflessione condotta, in prospettiva comparata, anche da DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, p. 343 e ss.



Sotto l'aspetto diacronico, scelte politico-criminali di questo tipo vanno di pari passo con l'evoluzione del paradigma punitivo³ e dei suoi scopi ultimi, a coronamento delle istanze di tutela penale di “*interessi collettivi*” o “*superindividuali*”. Se, ad un tempo, ad una prima tipologia di obblighi di penalizzazione rispondeva un modello repressivo-conservativo, con al centro la tenuta dell'ordine e delle istituzioni democratiche⁴, successivamente è andato via via emergendo un modello conformativo-promozionale, in cui, superata anche la seconda tipologia di obblighi⁵, confluisce quella che può, pertanto, considerarsi “*la terza via*” degli obblighi di criminalizzazione. La salvaguardia di beni collettivi quali il patrimonio culturale o l'ambiente assolve, in tal guisa, una funzione sociale-promozionale⁶; la pena rieduca alla conservazione del bene materiale ma non solo, poiché risponde ad un bisogno di tutela prefigurato dalle fonti internazionali in chiave intergenerazionale⁷. Dal punto di vista del diritto penale, non solo non sembrano esserci dubbi sul raggiungimento di un più elevato livello di “astrazione dogmatico-formale”⁸: il bene oggetto di

3 Non si può qui affermare, inconfutabilmente, che si sia registrata una effettiva “evoluzione” delle tecniche di tutela penale: già ai nuovi reati contro l'ambiente ha fatto seguito un ampio dibattito dottrinale circa la perfezionabilità delle fattispecie, tenuto conto delle non poche problematiche di accertamento. Cfr. DE FRANCESCO-MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Torino, 2017.

4 PAONESSA, *op. cit.*, p. 122 e ss.

5 A questa seconda tipologia di obblighi, la dottrina impegnata sull'argomento riconduce la difesa dei cittadini “dallo Stato” e le garanzie delle libertà individuali “nello Stato”. Su tali rilievi, v. PAONESSA, *op. cit.*, p. 130 e ss.

6 Tale peculiare funzione viene riconosciuta, in Italia, da MERUSI, Art. 9, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 434 e ss. A tale approdo ermeneutico è possibile giungere, secondo le indicazioni dell'autore, attraverso la lettura combinata dei due commi dell'art. 9 Cost: la tutela del patrimonio storico-artistico della Nazione non potrebbe che agevolare la “promozione” della cultura e della ricerca scientifica. Cfr. PAONESSA, *op. cit.* secondo la quale: “*siffatti input di tutela penale si connoterebbero per il fatto di prendere di mira il perseguimento di mete di trasformazione sociale, attraverso la valorizzazione della protezione penale di taluni interessi ultra-individuali*”. Sul ruolo del diritto penale quale strumento in grado di concorrere alla realizzazione degli scopi e dei modelli di “promozione sociale” prefigurati dalla Costituzione, v. anche NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 1997, pp. 661-684, secondo cui si potrebbero concepire “*i valori costituzionali non solo come limite negativo dell'intervento penale, ma come presupposto di una concezione propulsiva e promozionale del diritto, superando la funzione tradizionalmente protettiva e repressiva dell'ordinamento giuridico, per attribuire anche al diritto penale il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione*”; VIDETTA, *I beni culturali: un legame indissolubile con la comunità*, in www.labsus.org, 21 gennaio 2019.

7 In questi termini, PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Leg. Pen.*, 19 febbraio 2018, p. 28. Tra le fonti internazionali rilevanti in tal senso, si richiama, oltre alla Convenzione di Nicosia, la Convenzione UNESCO del 1972 sulla salvaguardia del patrimonio culturale mondiale; CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016; SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione. Relazione al convegno su “Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale”*, Parma, 30 novembre-2 dicembre 2006; BIFULCO, D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

8 MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rass. pen. crim.*, 1/3, 2001, pp. 3-35.



tutela non si esaurisce in qualche cosa di materiale ma accede, più precipuamente, a “*valori di civiltà*” immanenti alle *res*⁹; bensì anche, di conseguenza, sulla continua riscoperta della funzione general-preventiva della pena, se e in quanto si vuole, attraverso l'esercizio dello *ius puniendi*, che questi valori siano condivisi dalla collettività presente e futura. E' nel senso prospettato che la scelta di ricorrere allo strumento penale segnerebbe il passaggio da un “*astratto patto intergenerazionale*”¹⁰ al raggiungimento di uno statuto giuridicamente vincolante per gli Stati, tanto da far sorgere aspettative e diritti nel lungo periodo.¹¹

Uno sguardo più attento alle scelte lessicali proposte può, invero, rivelare questa chiave di lettura. Tanto la Convenzione di Nicosia quanto la Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, ricorrono alla locuzione “*cultural heritage*”¹², sì da rendere subvalenti e recessivi gli aspetti prettamente dominicali della *res*, attenzionando tutti gli attori della scena internazionale sull'intangibilità dei “diritti culturali” a garanzia delle future generazioni¹³.

9 Si guardi, in proposito, alla nozione di bene culturale offerta dall'art. 2, comma 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs 42/2004), in forza del quale sono beni culturali “*le cose immobili e mobili che (...) 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*”. Si vedrà, *infra*, come la Convenzione di Nicosia accolga la più ampia definizione di bene culturale.

10 Si richiama, in proposito, la natura *non* vincolante di altre fonti internazionali riconducibili in un'ottica “intergenerazionale”, quale ad esempio la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società civile”, c.d. “Convenzione di Faro” del 27 ottobre 2005.

11 Per una esauriente rassegna bibliografica sul tema, v. SPADARO, *L'amore dei lontani*, op. cit. BIFULCO, D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit. Difforme l'opinione di ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016, pp. 86 e ss., secondo la quale le generazioni future non potrebbero reclamare diritti soggettivi in relazione ai quali possono essere identificati obblighi intergenerazionali per i soggetti presenti, riducendosi la questione intergenerazionale solo sul piano di doveri per i posteri. Sul punto, v. anche MENGA, *Problemi aperti di giustizia intergenerazionale: risposte ai miei critici*, in *Etica e politica*, XX, 2018, pp. 273-303.

12 Si veda, per quanto qui interessa, il preambolo della Convenzione di Nicosia: “*Being convinced that the diverse cultural property belonging to peoples constitutes a unique and important testimony of the culture and identity of such peoples, and forms their cultural heritage*”. Cfr. PERINI, op. cit., p. 28.

13 Cfr. CASINI, *Ereditare il futuro*, op. cit. Lo stato della normativa attualmente esistente nei vari Stati ha fatto sì che in dottrina così come in giurisprudenza, venisse più volte invocata la formazione, sul piano internazionale, di un principio di ordine pubblico “culturale” in grado di rendere anacronistico qualsivoglia particolarismo giuridico in materia. Per una completa rassegna bibliografica, si rinvia a BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 402. Paradigmatica in tal senso è stata una pronuncia del Tribunale Federale svizzero il quale, nell'accogliere una richiesta di restituzione di un quadro rivendicato dalla Francia, osservò come le convenzioni internazionali vigenti in materia “*constituent autant d'expressions d'un ordre public international en vigueur on en formation*”, nella prospettiva di un “*imperatif d'une lutte internationale efficace contre le trafic de biens culturels*”, v. Trib. Federale svizzero, 1 aprile 1997, in *DTF*, t. 123-II, p. 134, per la quale si rinvia al seguente indirizzo: <https://www.bger.ch/it/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>.



Dagli impliciti *input* di tutela penale derivabili dall'art. 9 Cost¹⁴., passando per quelli esplicitamente rinvenibili in altri sistemi giuridici – ad esempio nella Costituzione spagnola – si è giunti, dunque, con rinnovato animo di cooperazione a livello internazionale, alla cornice delineata dalla Convenzione di Nicosia. Per tale via, la risultante apprezzabile sul piano “assiologico-sostanziale” è presto detta: il fatto di reato è sì “*lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena*¹⁵” ma è anche lesione di valori condivisi, ritenuti irrinunciabili dalla Comunità internazionale. In altri termini, non si ha motivo di dubitare come il passaggio segni non solo l'entrata in scena dei “*diritti culturali*¹⁶” nell'orizzonte degli interessi meritevoli di tutela penale, ma anche l'arricchimento del novero dei diritti riconducibili al processo di standardizzazione delle tutele, analogamente a quanto avvenuto per i diritti umani¹⁷.

E' da rilevare, perciò, come alla peculiare latitudine dell'interesse tutelato risponda bene, in luogo delle politiche criminali europee attuate ex art. 83, co. 2 TFUE¹⁸, l'apertura del modello convenzionale¹⁹ alla più ampia platea di destinatari, similmente a quanto optato, quantomeno in astratto, per la tutela dell'ambiente nel lontano 1998 con la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale*, di cui peraltro si ricordano poche firme e una sola ratifica (quella dell'Estonia).

E così, sotto il profilo del *principio di necessità/indispensabilità della pena*²⁰, la strada

14 Art. 9 Cost.: “*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio artistico della Nazione.*” Sulla questione inerente alla configurabilità di obblighi costituzionali di tutela penale, v. per tutti PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1983.

15 BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1973.

16 Secondo una parte della dottrina, “*più che di diritti in senso stretto bisognerebbe parlare di aspettative di soggetti futuri che, liberamente ipotizzate dai consociati viventi, determinano rilevanti effetti giuridici sulla vita sociale presente*”, cfr. SPADARO, *op. cit.*, p. 26; D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, LXXXVI e LXXXI.

17 In senso analogo, v. FRANCONI, *The Human Dimension of International Cultural Heritage: An Introduction*, in *European Journal of International Law*, 2011, 9-16; VARESANO, *La tutela penale del patrimonio culturale: riflessioni a margine della sentenza di merito resa dalla Corte Penale Internazionale nel caso Al-Faqi Al-Mahdi*, in www.penalecontemporaneo.it, 5-2017. Il processo di standardizzazione delle tutele si spiegherebbe, dal punto di vista sostanziale, dalla stessa configurazione dei diritti fondamentali, definiti come “*prisma a quattro facce*” in quanto *universali, indivisibili, interdipendenti e intergenerazionali*. Così SPADARO, *op. cit.* p. 19; PEREZ LUÑO, *La tercera generation de derechos humanos*, Navarra, 2006.

18 Sul tema, v. VIGANO', *Fonti europee e ordinamento italiano*, in VIGANO'-MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 4 e ss.

19 Sul modello convenzionale di tutela penale, con precipuo riguardo ai rapporti tra CEDU e ordinamento giuridico nazionale, v. MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

20 Rispetto alla tutela penale del patrimonio culturale, la Convenzione avrebbe perciò esautorato il legislatore comunitario del potere di emettere, ex art. 83, co. 2 TFUE, il giudizio di necessità di pena, laddove tale giudizio era



optata è stata decisamente diversa, non più confinata all'ambito, certamente pervasivo, benché sicuramente più circoscritto, della direttiva UE, bensì finalizzata a massimizzare l'efficacia armonizzante degli *standards* di tutela penale rispetto ad un fenomeno criminoso divenuto “*cross border*”²¹. Un profilo di problematicità, questo, già di per sé legittimante il ricorso all'*extrema ratio*, nonché idoneo a scongiurare possibili discrasie con i canoni di necessità e proporzionalità dello strumento punitivo. Quanto rilevato non costituisce, peraltro, un'assoluta novità. Riportando rapidamente l'attenzione alla materia unionale, si registrano, invero, strumenti di ravvicinamento normativo che denotano una singolare attenzione ai *cross border crimes*, come la Decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, ove il traffico illecito di beni culturali figura tra quelle 32 fattispecie per le quali cade il requisito della doppia incriminazione²² ai fini dell'esperibilità della procedura²³.

Ciò posto, gli attuali obblighi di penalizzazione spiegano efficacia precipuamente sul piano ermeneutico e, segnatamente, nella ricognizione dell'esatta latitudine da riconoscere al bene

stato formulato per l'ambiente per il tramite della direttiva UE del 2008, con non poche criticità. Su tali aspetti, v. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in *dirittopenalecontemporaneo*, 1, 2012, p. 117 e ss.

21 Sul punto, si guardi al terzo e al quarto considerando del preambolo alla Convenzione: “*Considering that unlawfully excavated and illicitly exported or imported cultural property is increasingly being sold in many different ways, including through antique shops and auction houses, and over the internet*”; “*Considering that organised crime is involved in the trafficking of cultural property*”. Sulla dimensione internazionale del traffico illecito di beni culturali, v. MARINI, *La protezione dei beni culturali, fra interessi pubblici, diritti dei singoli, sicurezza collettiva*, in *Questione giustizia*, 2017, 1-24, p. 239. Di precipuo rilievo, inoltre, il lavoro svolto dalla Corte Penale Internazionale, della quale si riporta la sent. 27 settembre 2016, ICC-01/12-01/15 con osservazioni di VAREANO, *La tutela penale del patrimonio culturale*, op. cit.

22 Sull'argomento, v. PEDRAZZI, IUZZOLINO, *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004; KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, ult. ed.

23 v. art. 2.2 Decisione quadro 2002/584/GAI: “*Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket e estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo/nave, sabotaggio*”.



giuridico tutelato, come si ricava dall'art. 2 della Convenzione²⁴.

Se così è, è pur vero che alla portata definitoria della Convenzione fa da *background*, in Italia, un dibattito dottrinale che ha raggiunto, già da tempo, una certa maturità sul tema, tanto che già sul finire degli anni settanta del secolo scorso era invalsa una categorizzazione del concetto di bene culturale alla stregua di “*bene di fruizione*”²⁵. Con la conseguenza che il paradigma punitivo che ne consegue tenderebbe alla tutela non già e non solo di beni pubblici quanto, semmai, di “*beni di appartenenza*” in quanto “*beni fruibili*” o di “*fruibilità*”²⁶. *Nihil novi sub sole*?

Come si dirà, la riforma dei reati contro il patrimonio culturale sembrerebbe attingere ad (un

24 Art. 2, “*Scope and use of terms*”: *for the purposes of this Convention the term “cultural property” shall mean: a in respect of movable property, any object, situated on land or underwater or removed therefrom, which is, on religious or secular grounds, classified, defined or specifically designated by any Party to this Convention or to the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, as being of importance for archaeology, prehistory, ethnology, history, literature, art or science, and which belongs to the following categories: (a) rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest; (b) property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance; (c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries; (d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered; (e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals; (f) objects of ethnological interest; (g) property of artistic interest, such as: (i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand); (ii) original works of statuary art and sculpture in any material; (iii) original engravings, prints and lithographs; (iv) original artistic assemblages and montages in any material; (h) rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections; (i) postage, revenue and similar stamps, singly or in collections; (j) archives, including sound, photographic and cinematographic archives; (k) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments; b in respect of immovable property, any monument, group of buildings, site or structure of any other kind, whether situated on land or underwater, which is, on religious or secular grounds, defined or specifically designated by any Party to this Convention or by any Party to the 1970 UNESCO Convention as being of importance for archaeology, prehistory, ethnology, history, art or science or listed in accordance with Article 1 and Article 11 (paragraphs 2 or 4) of the 1972 UNESCO Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.*

25 Fondamentale il contributo di GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 8 e ss.

26 In questi termini, GIANNINI, *I beni culturali cit.*, p. 5 e ss.: “*come tale è bene culturale, su cui lo Stato-Amministrazione ha delle potestà che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale*”. Accostando la teorica del bene giuridico e, per quanto qui interessa, quella dei beni culturali ad un diverso indirizzo dottrinale, non si dovrebbe neppure parlare di “bene” ma di “interesse tutelato”, dal momento che l'interesse “*può cadere su una utilità presente o futura*” e meglio si confà alla valutazione media compiuta dal legislatore secondo “*l'id quod plerumque accidit*”, di valutazione, cioè “*che continua a spiegare la sua efficacia anche quando il soggetto rinuncia a tutelare il suo interesse*”. Così, GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2020, p. 208. Si spiegherebbe, così, la sanzionabilità dei fatti di danneggiamento alla cosa propria, il cui emblema è rappresentato dal tanto discusso art. 733 cod. pen.: “*Chiunque distrugge, deteriora, o comunque danneggia un monumento o un'altra cosa propria di cui gli sia noto il rilevante pregio, è punito, se dal fatto deriva un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale, con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda non inferiore a euro 2065*”. Sulle problematiche di accertamento connesse al “gigantismo” di cui sarebbe affetta la fattispecie, v. per tutti FERRI, *Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato ed i reati connessi e conseguenti*, in MANNA (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2003, p. 251.



ulteriore e) diverso criterio di legittimazione, o meglio, non sortirebbe, in fondo, alcun portato sulla questione. Sul punto si avrà modo di tornare, dovendosi segnalare le non poche criticità che ancora permangono all'indomani del *novum* normativo, anche con riguardo alla nozione di bene culturale penalmente rilevante, assodato che “*non è possibile interpretare la regola giuridica senza tener presente l'interesse tutelato*”²⁷.

Tanto premesso, una preliminare verifica di ottemperanza ex art. 117, I, Cost. non esime dallo svolgere alcune osservazioni critiche relativamente al *quomodo* dell'adempimento ai suddetti obblighi di tutela, sia pur nei limiti di un commento a prima lettura.

2. La ricodificazione dei reati contro il patrimonio culturale, tra esigenze di effettività e suggestioni dottrinali.

Il riconoscimento di una *tutela diretta* del patrimonio culturale, da più parti auspicata²⁸, parrebbe scaturire da una tecnica di normazione tanto audace quanto discussa²⁹. Appare chiaro sin da subito come l'esito della riforma sia stato sostanzialmente quello di depotenziare, sotto l'egida del *principio della riserva di codice*, la *vis* sanzionatoria del c.d. Codice Urbani (d.lgs 42/2004), a dispetto della sua natura di *lex specialis* dedicata, organicamente, alla materia dei beni culturali.

Se, da un lato, ciò presta il fianco al rilievo che il legislatore ben avrebbe potuto emendare

27 GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2020, p. 207.

28 Secondo la dottrina maggioritaria, la tutela diretta del patrimonio culturale passerebbe attraverso la creazione di figure delittuose *ad hoc*, connotate da un “*oggetto giuridico sostanziale specifico*”, in grado di superare l'illecito di mera inosservanza improntato alla c.d. tutela di funzioni. Sulla dicotomia tutela di beni-tutela di funzioni, v. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 674. A sostegno delle istanze di tutela diretta del patrimonio culturale, cfr. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in MANACORDA, VISCONTI (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, 35 e ss.; DEMURO *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002; FERRI, *Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato ed i reati connessi e conseguenti*, in MANNA (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2003, 251 e ss.; GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1976, 24 e ss. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015; PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Leg. pen.* 2018.

29 PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *dir. pen. cont.*, 15 maggio 2018; SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020; MAIELLO, *Riserva di codice e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, p. 159 e ss.



un corpo normativo già vigente sotto forma di “codice”, sciogliendo l’alternativa posta dallo stesso art. 3 bis cod. pen.. a favore della “*legge complementare organica*”³⁰; d’altra parte, mantenere la pregressa intitolazione del codice Rocco avrebbe significato preservarne una certa incoerenza sistematica, sol che si guardi alla (ormai non più così recente) introduzione dei delitti contro l’ambiente. Non solo. Una diversa sistemazione delle nuove fattispecie avrebbe, per certi versi, ribaltato alcuni punti fermi. Come è noto, il tema della “ricodificazione” è stato oggetto, a più riprese, delle Commissioni incaricate di predisporre uno schema di riforma al codice penale. Nell’ormai risalente progetto Pagliaro, licenziato il 25 ottobre 1991, e così anche in alcuni passi della relazione formulata dalla Commissione Pisapia del 27 luglio 2006, si legge, sostanzialmente che il codice penale dovrebbe diventare “*il centro del sistema penale*”, ossia “*un testo esaustivo e, per quanto possibile, esclusivo dell’intera materia penale, della cui coerenza e sistematicità il legislatore dovrebbe ogni volta farsi carico*”³¹.

Così, la ricodificazione dei delitti contro il patrimonio culturale non può che evocare, ora come allora, una spinta razionalizzante, suscitando interrogativi circa la funzione e il senso della *codificazione* rispetto alle questioni di parte speciale, se è vero che “*la codificazione non è congerie di regole aventi in comune un modo di disciplina, bensì enunciato delle regole che valgono come principi base di un dato settore dell’ordinamento*”³².

In proposito, si è detto che la regola posta dall’art. 3-bis cod. pen.. rientrerebbe tra quelle *norme-principio* in grado di assolvere una funzione di raccordo tra la parte generale e quella speciale, in considerazione della sua *ratio* adeguatrice, sì da indirizzare, sia pur con effetti puramente persuasivi, la discrezionalità legislativa³³. Detto altrimenti, lo scopo perseguito dalla norma sarebbe quello di adeguare, al fondamentale principio di legalità, l’attività legislativa nella costruzione delle nuove fattispecie di reato, a garanzia di una maggiore precisione delle ipotesi criminose, di una “*migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni*”.

30 Art. 3-bis cod. pen.. “*Principio della riserva di codice*”: “*Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*”.

31 In senso analogo, GALLO, *Diritto penale cit.*, p. 53: “*La posta in gioco è il recupero del senso del codice E’ trascorso molto tempo da quando, per la prima volta, mi è capitato di denunciare la perdita di questo senso, sacrificato ad una profluvie di leggi cosiddette complementari*”; DONINI, *La riserva di codice, tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. Pen.*, 20 novembre 2018.

32 GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, ult. ed, 193.

33 ROTOLO, *Riserva di codice e legislazione penale complementare*, in *Jus-online*, 3/2019.



Attingendo dall'asserita incompletezza ovvero dalla scarsa funzionalità della normativa speciale in materia di beni culturali, si ha però come l'impressione di essere dinanzi ad un autentico criterio di legittimazione della potestà punitiva. E' sufficiente constatare l'inadeguatezza del "*diritto penale accessorio*" per ricalibrare lo strumento penale al servizio di esigenze di effettività e di inasprimento sanzionatorio? Il solo criterio della "*migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni*", cui si informa l'art. 1, co. 85, lett. q), della l. 23 giugno 2017, n. 103, può ritenersi sufficiente ai fini di una risposta affermativa?

Ebbene, è un dato di fatto che la quasi totalità degli illeciti previsti dalla legislazione complementare sia posta a tutela di beni giuridici fondamentali³⁴ perciò la risposta che, a tutta prima, potrebbe darsi è che il rischio, già paventato dalla Commissione Pisapia, di compromettere la "*capacità regolatrice dell'intera materia penale, tanto nei confronti dei cittadini, quanto dei giudici*" debba ritenersi plausibile, non senza avanzare qualche riserva.

Per inciso, passi pure la "torsione legislativa" verso il centro della galassia, sì da sgravare l'interprete dall'onere di rincorrere le *altre leggi penali* ex art. 16 cod. pen.³⁵, attraverso la catalogazione delle fattispecie in un *unicum* normativo, in cui alla tipicità dei fatti risponde la tipicità dei beni giuridici offendibili, alla stregua di un *numerus clausus*. Sul punto, non vi sarebbe alcun risvolto problematico. All'esito di questa semplice operazione, il principio di riserva di codice altro non farebbe che riaffermare l'esistenza di una "tavola di valori" preesistenti al legislatore, come invero parrebbe evocare lo stesso art. 1, co. 85, lett. q, della l. 23 giugno 2017, n. 103: "*(...) attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore, che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana (...) e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato*".

Diversamente opinando, per quel che in questa sede interessa, quel che non convince sarebbe il nesso tra "riserva di codice" e "rieducazione", il quale ha, infatti, suscitato non poche

34 Cfr. DONINI, *Oltre il tecnicismo e l'ideologia: verso una costruzione più scientifica delle leggi penali*, in DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, p. VII ss.

35 Art. 16 cod. pen.. "*Leggi penali speciali*": "*Le disposizioni di questo codice si applicano anche nelle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*". La disposizione in parola parrebbe imporre un onere di conoscibilità riguardo a tutto lo scibile normativo extracodicistico, con la conseguenza che la riserva di codice altro non farebbe che sgravare l'interprete di questo onere, ponendosi, quantomeno sul piano ricognitivo, quale rimedio all'ipertrofia legislativa.



perplexità in dottrina³⁶. La “migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni” – come recita l’art. 1, co. 85, lett. q) cit. - si intreccia, stando al tenore letterale della disposizione, a doppio filo con l’esigenza di effettività della funzione rieducativa della pena.

Al cospetto dei nuovi reati contro il patrimonio culturale, vale la pena domandarsi, con una buona dose di realismo, in che misura la nuova collocazione “topografica” sia in grado di colmare un “gap conoscitivo”, effettivamente venutosi a creare in decenni di immobilismo legislativo³⁷, a sua volta responsabile della scarsa attitudine delle pregresse fattispecie (per lo più contravvenzionali), a indirizzare normativamente le condotte³⁸. Un dato sembra certo, e cioè che questa, come le altre riforme della parte speciale improntate alla “riserva di codice”, abbia condotto alla riscoperta della dimensione formale del diritto, della sua c.d. *funzione performativa*³⁹. Tale funzione verrebbe associata da talune elaborazioni dottrinali alla “*faccia esterna*” del precetto e dell’architettura codicistica nel suo insieme, nel senso che il dato positivo, nel suo essere prima di tutto dato lessicale, è in grado di orientare il comportamento del destinatario secondo la struttura delle fattispecie astratte, come se la norma stessa rivolgesse ai suoi destinatari “*un appello a esigenze di valore*”⁴⁰. In ciò è dato ravvisare una “norma esterna”: in “*qualunque input costruito,*

36 Cfr. PAPA, *Dal codice cit.*, secondo cui: “*fondare il principio della riserva di codice su di un nesso così stretto con la rieducazione del condannato non convince. Che il nesso tra la centralità del codice e la rieducazione del reo sia alquanto lasco è dimostrato, sul piano empirico, dall’esperienza dei sistemi penali che un codice non ce l’hanno (ad esempio l’Inghilterra, il sistema federale USA, molti sistemi australiani), sistemi che hanno per primi creduto nella rieducazione, implementandola seriamente per decenni. Ci si può chiedere, per altro verso, se davvero, in assenza della riserva di codice, un condannato per traffico di stupefacenti non possa rendersi conto dell’ingiusto che sta dietro al suo reato e dei diversi valori verso cui deve ri-orientare la sua vita.*”

37 D’AGOSTINO, *Dalla vittoria di Nicosia alla navetta legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2018.

38 Complice, in questo senso, il fatto che molte delle fattispecie previste nella legislazione speciale sono per lo più impostate in funzione accessoria rispetto alla disciplina amministrativistica di riferimento e soffrono di una ridotta incisività, anche a causa della flebile comminatoria edittale, e sono così travolte con più facilità dalla scure della prescrizione. Assai molteplici sono gli indirizzi dottrinali in merito al rapporto tra simili tecniche di tutela e bene giuridico – finale e strumentale, cfr. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 e ss.; PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 e ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 95 e ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 e ss.

39 DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 114; DONINI, “*Danno*” e “*Offesa*” nella c.d. *tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’”offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss.; ROTOLO, “*Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*”, Torino, 2018. Sul significato di “*performativo*” e sul concetto di “*performatività*” cfr. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, 1962; GARZONE, *Performatività e linguaggio giuridico: una proposta di classificazione*, Milano, 1996.

40 PEDRAZZI, *Diritto penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, p. 69.



*utilizzato o selezionato allo scopo di generare o attivare una norma nella mente di un agente*⁴¹.

Per quanto si tratti di uno scopo che, rispetto alla salvaguardia dei beni culturali, ben si attaglia alla funzione promozionale sopra richiamata⁴², tali suggestioni dottrinali scontrerebbero un certo tasso di approssimazione se eccessivamente enfatizzate nella *sedes materiae*. Innanzitutto, alle istanze di cooperazione giudiziaria promananti dal Consiglio d'Europa⁴³ si frappongono le più eterogenee realtà normative. Nel perseguimento di una (già di per sé) difficoltosa armonizzazione degli ordinamenti nazionali si aggiunge l'obiettivo di “*strengthen crime prevention and the criminal justice response to all criminal offences relating to cultural property*”. E tuttavia, alcuni esempi di legislazioni nazionali rispecchiano, già da tempo, un modello di *enforcement* completamente orientato alla “incentivazione” dei destinatari al rispetto e alla conservazione dei beni culturali. L'esperienza giuridica anglosassone, e più segnatamente, quella inglese, dispone di tutta una serie di “*input*”, che vanno dalle informazioni liberamente accessibili *on-line* per le ipotesi di ricerca e rinvenimento di oggetti antichi sepolti, a quelle, altrettanto diffuse, sotto forma di raccomandazioni, sino al *Treasure Act* del 1996⁴⁴. Uno dei maggiori punti di forza di questo atto normativo è rappresentato proprio dalla logica incentivante, tale cioè da rendere conveniente la denuncia dei ritrovamenti e la consegna degli oggetti, e per converso sconveniente il ricorso al traffico illecito di beni culturali. E ciò senza passare attraverso alcuna opera di “ricodificazione” delle fattispecie di condotte penalmente sanzionate⁴⁵. Ed anzi, tenuto conto della logica permissiva del modello legale del Regno Unito, come tale uniformata al paradigma del “*permesso con riserva di divieto*”: l'attività di circolazione del bene culturale è dapprima consentita, salve le limitazioni legalmente imposte dall'autorità⁴⁶.

41 CONTE, *L'obbedienza intelligente. Come e perché si rispettano le norme*, Bari, 1997; ROTOLO, *op. cit.*, p. 64 e ss.

42 v. nota 6.

43 Sul presupposto che, fra gli altri scopi, la Convenzione di Nicosia “*promote national and international cooperation in combating criminal offences relating to cultural property*”.

44 Per un esaustivo inquadramento si rimanda a FERRERI, *Il metal detector: alleato o avversario della ricerca storica? Inghilterra e Italia a confronto nel diritto. Spunti di raffronto nelle politiche di cura di tracce del passato*, in *Milan Law Review*, II, n. 2, 2021.

45 In prospettiva comparata, sul sistema inglese di tutela dei beni culturali, v. DEMURO, *Beni culturali cit.*, p. 149-150; VOZZA, *La prevenzione e il contrasto al traffico illecito di beni culturali mobili tra spunti comparati e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 226.

46 Viceversa, il modello legale italiano di circolazione dei beni culturali sarebbe informato al “*divieto con riserva di permesso*”, come si ricava, ad esempio, dalla fattispecie di cui all'art. 174, d.lgs 42/2004, oggi confluita nel nuovo art. 518-undecies cod. pen.. (uscita o esportazioni illecite di beni culturali). Cfr. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e*



Sicché, diviene agevole constatare la ragione per cui, in altri ordinamenti, com'è il caso dell'Italia, alle ragioni di effettività dello strumento punitivo si riallaccino esigenze di *riconoscibilità* della norma, del relativo substrato fattuale e così dell'antigiuridicità ad esso coesistente: la scarsa diffusione di una “*basilare cultura della conservazione*”⁴⁷. Donde si deduce che lo stesso approccio penalistico alla tutela del patrimonio culturale può, in fondo, non essere sufficiente, ancor meno lì dove la relativa *governance* precluda incentivi, soluzioni alternative, buone pratiche. La questione, com'è evidente, trascende lo schema formale di riferimento (riserva di codice ovvero *lex specialis*), ed intercetta la dinamica dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e società civile⁴⁸. Ragion per cui, la dialettica tra fonti interne, unionali e internazionali, nel dare adito ad un *costituzionalismo multilivello*⁴⁹, ben potrebbe giocare un ruolo cruciale nella trasfusione,

prospettive di riforma, in *Leg. Pen.*, 19 dicembre 2021. Si riporta, per completezza, il testo dell'art. 518-undecies cod. pen.: “*Chiunque trasferisce all'estero beni culturali, cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali, senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, è punito con la reclusione da due a otto anni e con la multa fino a euro 80.000. La pena prevista al primo comma si applica altresì nei confronti di chiunque non fa rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, beni culturali, cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali, per i quali siano state autorizzate l'uscita o l'esportazione temporanee nonché nei confronti di chiunque rende dichiarazioni mendaci al fine di comprovare al competente ufficio di esportazione, ai sensi di legge, la non assoggettabilità di cose di interesse culturale ad autorizzazione all'uscita dal territorio nazionale*”.

47 FERRERI, *Il metal detector cit.*, la quale evidenzia come nella legislazione inglese “è chiarito in modo efficace che l'inventore non sarà privato del bene e del suo valore” e che “il ministero avvisa che chi vendesse clandestinamente, non solo commetterebbe reato, ma riceverebbe un prezzo probabilmente inferiore a quello valutato dai consulenti competenti”.

48 La “*deliberata mancanza di intervento*” ovvero l'inerzia della pubblica amministrazione può seriamente precludere una piena consapevolezza dei precetti e delle sanzioni, o più semplicemente rivelare un agire contrario a buona fede. Rispetto alla *governance* dei beni culturali, occorre richiamare un precedente assai significativo della Corte EDU, relativo al celeberrimo caso *Beyeler c. Italia*, sent. 5 gennaio 2000 (ricorso n. 33202/96). All'esito del processo, l'Italia riportò una condanna per violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 aggiuntivo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (protezione della proprietà), in ragione dell'irragionevole lasso di tempo che lo Stato italiano lasciò trascorrere prima di esercitare il proprio diritto di prelazione all'acquisto dell'oggetto d'arte conteso con il ricorrente (un quadro di Van Gogh). Ciò che rese prevalenti le prerogative proprietarie fu proprio l'assoluta contrarietà a buona fede del comportamento dell'autorità. Sul tema dell'inerzia della pubblica amministrazione nella gestione di beni collettivi, v. ROTOLO, *Riconoscibilità*, op. cit., p. 135. FERRERI, *Il metal detector*, op. cit.

49 In questa sede, l'espressione può essere utile a giustificare l'esigenza di rendere, se non gerarchicamente sovraordinate, quantomeno di pari rango talune norme del diritto internazionale rispetto alle Costituzioni, specie lì dove esista una *governance* incompatibile con lo spirito accolto dalle regole pattizie. Sul tema, v. CERRI-DONNARUMMA (a cura di), *Il Costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*, Roma, 2013; MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, ult. ed. La teoria del costituzionalismo multilivello ha radici profonde in Europa, e trova giustificazione nell'idea del superamento del modello prettamente statale, tipicamente rappresentato dalle costituzioni nazionali, per dare adito ad una unitarietà funzionale delle fonti sovranazionali, secondo criteri di complementarietà e compenetrabilità di principi comuni. Per completezza, si rimanda alle riflessioni condotte da PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited*, in *Common Market Law Review*, Vol. 36, n. 4, 1999, 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in



in seno alle amministrazioni pubbliche dei singoli Stati, di principi utili a ravvicinare non solo le legislazioni nazionali, bensì anche i soggetti (pubblici e privati) nella più corretta gestione di un bene comune⁵⁰.

E tuttavia, venendo alla tecnica di normazione attuata dal legislatore italiano, la partita sembrerebbe giocarsi su di un terreno diverso. Il richiamo a fenomeni delittuosi *di immediata percezione*, costruiti sulla falsariga dei più comuni delitti (furto, ricettazione), risponde bene agli obiettivi della Convenzione di Nicosia ma sembrerebbe sacrificare alla “*riconoscibilità*” e dei precetti e del valore in essi tutelato, le esigenze di miglioramento di quella *governance* cui si accennava poc’anzi. Ricalibrare lo strumento penale vuole dire potenziarne l’efficacia comunicativa, conferendo alla struttura linguistica degli enunciati normativi una pregnanza di significato, una funzione “*conformativa*”, di stimolo alla “*cultura della conservazione*”. Ma può il diritto penale (e solo esso) farsi carico di questo compito? Vale a dire, di espletamento di una funzione “*positiva-etico-sociale*”? Rifuggendo da letture di impronta soggettivistica, su cui insisteva, in parte, anche il processo di “*interiorizzazione dei valori*”⁵¹, il diritto penale non potrebbe appellarsi ai suoi destinatari onde esigerne un contributo solidaristico nella ricerca di ciò che *deve essere considerato bene culturale*, né svolgere alcun ruolo ausiliario nella sua introiezione⁵², se non limitatamente alla conservazione di uno “*Stato di cultura*”⁵³, delle sue minime condizioni di esistenza, attraverso:

European Law Review, Vol. 27, n. 5, 2002, 511 ss.; PERNICE, MAYER, *La Costituzione integrata dell’Europa*, in *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, ZAGREBELSKY (a cura di), Roma-Bari, 2003, 43 ss. v. anche SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell’Europa del dopo Lisbona*, in *rivistaaic.it*, n. 1/2012.

50 Ad avviso di chi scrive, non sembra inconciliabile, con la categoria di beni sopra richiamata e, più in generale, con la tematica affrontata in questa sede, il concetto di “sostenibilità”. Sul punto, si richiama l’indirizzo espresso da D’ALOIA, *op. cit.*, secondo il quale: “*non esistono solo diritti perfetti, linearmente definiti dalla sequenza riconoscimento-titolarità-azionabilità in giudizio, ma una pluralità di figure, differenziate nel tipo, che costituiscono elementi di costruzione del diritto, nella prospettiva di orientamento e di definizione di obblighi, responsabilità, politiche, che esigono strumenti normativi a carattere non meramente imperativo o autoritario (...), meccanismi premiali, incentivi (...) orientati a rendere conveniente l’adozione da parte di soggetti (in specie privati) di comportamenti ecologicamente sostenibili*”.

51 CORNACCHIA, *Ein Unausrottbares Verstandnis? L’eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *criminalia*, 2013, 575 e ss. L’autore evidenzia come una simile funzione, riconducibile alle riflessioni condotte da H. Welzel, si esponga a numerose critiche, in ragione di un celato soggettivismo.

52 Di qui le obiezioni rivolte alla c.d. funzione propulsiva del diritto penale da ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

53 Nella misura in cui uno “*Stato di cultura è in primo luogo uno Stato di diritto*”, così AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Roma, 1992, p. 157-164. La felice locuzione “*Stato di cultura*” è ripresa da SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, 55 e ss; cfr. anche PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Leg. pen.* 2018.



- a) un'azione preventiva-repressiva⁵⁴, a monte.
- b) una collaborazione del reo, a valle.

Ora, non vi è dubbio che, sotto il profilo *sub a)*, il rafforzamento dell'*enforcement penalistico* passi attraverso la modifica della L. 16 marzo 2006, n. 146 in materia di operazioni sotto copertura. La novella demanda all'agente sotto copertura, allorché ufficiale di P.G. specializzato nel settore dei beni culturali, l'acquisizione di elementi di prova per la repressione dei reati di riciclaggio (art. 518-*sexies* cod. pen.)⁵⁵ e autoriciclaggio (art. 518-*septies* cod. pen.) di beni culturali⁵⁶; sotto il profilo *sub b)*, va senz'altro, salutata con favore l'aggiunta all'art. 518-*septiesdecies*, comma II, cod. pen.. di un "ravvedimento operoso"⁵⁷ il quale, al pari del suo analogo in materia ambientale, riserva una diminuzione di pena a chi "*abbia recuperato o fatto recuperare i beni culturali oggetto del delitto*". Ma oltre a queste interpolazioni, quand'anche doverose in quanto utili ad attenzionare gli addetti ai lavori su un fenomeno criminoso realmente esistente e non immaginario, sarebbe stato opportuno un ulteriore – e complementare - approccio, più funzionale al recupero e alla valorizzazione del bene culturale sottratto, a scanso di speculazioni ideologicamente o moralmente orientate. Basti qui rimarcare il ruolo e l'efficacia degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie⁵⁸, in grado di revisionare, *in subiecta materia*, l'approccio

54 A tal fine, mette conto evidenziare l'operato del Comando dell'Arma per la Tutela del Patrimonio Culturale (TPC).

55 Art. 518-*sexies* cod. pen.: "Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce beni culturali provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da cinque a quattordici anni e con la multa da euro 6.000 a euro 30.000. La pena è diminuita se i beni culturali provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui i beni culturali provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manca una condizione di procedibilità riferita a tale delitto".

56 Art. 518-*septies* cod. pen.: "Chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, beni culturali provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da euro 6.000 a euro 30.000. Se i beni culturali provengono dalla commissione di un delitto non colposo, punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, si applicano la reclusione da due a cinque anni e la multa da euro 3.000 a euro 15.000. Fuori dei casi di cui ai commi primo e secondo, non sono punibili le condotte per cui i beni vengono destinati alla mera utilizzazione o al godimento personale. Si applica il terzo comma dell'articolo 518 quater cod. pen..".

57 Art. 518-*septiesdecies*, comma 2, cod. pen.: "La pena è diminuita da un terzo a due terzi nei confronti di chi abbia consentito l'individuazione dei correi o abbia fatto assicurare le prove del reato o si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori o abbia recuperato o fatto recuperare i beni culturali oggetto del delitto".

58 Paradigmatiche le "Alternative dispute resolution" nei procedimenti di restituzione di beni culturali illecitamente sottratti. Sul punto, mette conto richiamare il seminario di studio tenutosi presso l'Università Cattolica di Milano il 10 luglio 2019 (relatori CHECHI, MAZZUCATO), dal titolo "Alternative dispute resolution e restituzione di beni culturali: prospettiva negoziale e riparativa in dialogo".



unidirezionale culminante con la sola risposta sanzionatoria, e di superare il quadro frammentario delle legislazioni nazionali⁵⁹.

3. Tecniche di tutela penale dei beni culturali e vincoli di realtà.

Implementate le possibilità di addebito, viene a cadere il rischio di imputazioni (e di eventuali condanne) che, se non del tutto svincolate, risultino debolmente ancorate alla realtà, lì dove a farne le spese non sia il traffico illecito di beni culturali (il male reale) ma l'*incauto acquisto* (il male minore) ovvero il reato bagatellare.

Su questo versante, l'aderenza alla realtà del dato positivo, all'indomani del nuovo statuto penale dei beni culturali, è quanto mai evidente: valgano, per tutti, l'esempio del *furto di beni culturali* (art. 518-bis cod. pen.)⁶⁰ e della *ricettazione di beni culturali* (518-quater cod. pen.)⁶¹. Pur volendo tacere sulle scelte edittali operate dalla novella, diviene agevole constatare, già dalla rubrica, lo spartiacque rispetto all'area degli illeciti contravvenzionali ad oggi sopravvissuti

59 E ciò sul presupposto che i reati contro il patrimonio culturale, benché assai prossimi, nella loro tendenza empirico-criminologica, a qualsiasi altra forma di contrabbando, parrebbero tutto fuorché ascrivibili al novero dei cc.dd. "*victimless crime*". Sul punto, non esiste uniformità di vedute nella giurisprudenza domestica, benché sembri primeggiare l'*opinione* contraria alla configurabilità di una "*vittima del reato, non essendo quest'ultima individuabile*", cfr. per tutti, Cass. Sez. III, n. 7909 del 29 febbraio 2012, relativamente alle possibilità di cooperazione, per il condannato affidato ai servizi sociali, con l'ente territoriale nel cui ambito era stato commesso il reato. Cfr. MANNOZZI, LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

60 Art. 518-bis cod. pen.: "*Chiunque si impossessa di un bene culturale mobile altrui, sottraendolo a chi lo detiene, al fine di trarne profitto, per sé o per altri, o si impossessa di beni culturali appartenenti allo Stato, in quanto rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 927 a euro 1500. La pena è della reclusione da quattro a dieci anni e della multa da euro 927 a euro 2000 se il reato è aggravato da una o più delle circostanze previste nel primo comma dell'art. 625 cod. pen.. o se il furto di beni culturali appartenenti allo Stato, in quanto rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini, è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dalla legge*".

61 Art. 518-quater cod. pen.: "*Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occultata beni culturali provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farli acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da euro 1032 a euro 15.000. La pena è aumentata quando il fatto riguarda beni culturali provenienti dai delitti di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, terzo comma, e di estorsione aggravata ai sensi dell'art. 629, secondo comma. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui i beni culturali provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manca una condizione di procedibilità riferita a tale delitto*".



all'interno del Codice Urbani⁶². Il *vincolo di realtà*⁶³ cui si allude può essere, perciò, inteso come parametro atto a garantire una costruzione scientifica delle fattispecie penali, in termini di massima aderenza del "tipo" alla realtà empiricamente osservabile, in un dato momento, sul piano criminologico⁶⁴. Tale che, per conseguenza, alla violazione del parametro si fanno ricondurre, ad esempio, risposte sanzionatorie fondate, in via esclusiva, su figure di reati cc.dd. "artificiali", ovvero su illeciti contravvenzionali o di mera disobbedienza, sovente frutto di una certa miopia legislativa, di una risposta politico-criminale incoerente rispetto al monitoraggio e all'andamento della criminalità in un dato settore⁶⁵. L'offensività del fatto discende, ora, oltre che dall'assenza di un provvedimento amministrativo ovvero dalla violazione del dovere di munirsi di autorizzazione (come per il modello contravvenzionale di opere illecite ex art. 169, codice Urbani⁶⁶), bensì anche e

62 v. Art. 169 (opere illecite); art. 171 (collocazione/rimozione illecita di beni culturali); art. 172 (inosservanza delle prescrizioni di tutela indiretta); art. 175 (ricerca archeologica senza concessione/omessa denuncia di ritrovamento di beni culturali); art. 180 (inosservanza di provvedimenti amministrativi) di cui al d.lgs 42/2004.

63 Cfr. PULITANO', *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 49 (3), 795-825; ID., *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2, 2020, 211 e ss: "i principi della teoria del reato, che costituiscono articolazioni del principio di legalità, danno rilievo a profili di realtà ritenuti rilevanti per valutazioni e scelte di competenza del diritto penale, specificando il vincolo di realtà genericamente insito nel principio di legalità in specifici vincoli contenutistici: offensività verso interessi afferrabili, personalità della responsabilità, colpevolezza per il fatto. Possiamo riassumere: i principi fondamentali pongono vincoli di realtà richiesti da esigenze normative (di valore)"; Id, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 e ss.; BARTOLI, *Dubbio e certezza nel diritto penale*, in *Quaderno di storia del diritto penale e della giustizia cit.*

64 Com'è facilmente intuibile, il furto di beni culturali continua a rimanere il reato-principe in materia benché le ipotesi di addebito vedano anche la ricettazione in continua ascesa. Statisticamente, il numero di scavi clandestini costituisce un dato che va progressivamente riducendosi, benché restino poche le denunce e le segnalazioni da parte dei privati. Sulla ricettazione come parte integrante della filiera criminale connessa alla circolazione illecita di beni culturali, v. FERRI, *Uscita o esportazioni illecite*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, MANNA (a cura di), Milano, 2005, p. 252 e ss. Sulla configurazione "a cascata" dei reati correlati all'indebita apprensione di reperti archeologici, cfr. BISCOTTI, *La cultura come bersaglio*, in ANELI, BISCOTTI, MUSCARIELLO, *Il patrimonio archeologico "sommerso"*, Milano, 2012, pp. 36 e ss.

65 Trasversalmente, ad aggravare uno dei reati previsti nel nuovo titolo, figura l'ipotesi circostanziata del fatto "commesso nell'ambito dell'associazione a delinquere di cui all'art. 416 cod. pen.", laddove, di contro, sarebbe stato ancor più efficace un richiamo congiunto all'art. 416-bis cod. pen. visto e considerato il proliferare di reperti e oggetti d'arte caduti sotto la lente della criminalità organizzata. Cfr. LEGAMBIENTE, *Ecomafia 2017. Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Ambiente, 2017, p. 157; FERRARI, *Fra ambiente e paesaggio: le "archeomafie" e le aggressioni al patrimonio culturale subacqueo*, in www.associazionelaic.it, 10 novembre 2017.

66 Art. 169, d.lgs 42/2004 "opere illecite": "1. È punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da euro 775 a euro 38.734,50: a) chiunque senza autorizzazione demolisce, rimuove, modifica, restaura ovvero esegue opere di qualunque genere sui beni culturali indicati nell'articolo 10; b) chiunque, senza l'autorizzazione del soprintendente, procede al distacco di affreschi, stemmi, graffiti, iscrizioni, tabernacoli ed altri ornamenti di edifici, esposti o non alla pubblica vista, anche se non vi sia stata la dichiarazione prevista dall'articolo 13; c) chiunque esegue, in casi di assoluta urgenza, lavori provvisori indispensabili per evitare danni notevoli ai beni indicati nell'articolo 10, senza darne immediata comunicazione alla soprintendenza ovvero senza inviare, nel più breve tempo, i progetti dei lavori definitivi per l'autorizzazione. 2. La stessa pena prevista dal comma 1 si applica in caso di inosservanza dell'ordine di sospensione dei lavori impartito dal soprintendente ai sensi dell'articolo 28."



soprattutto dal delitto in sé, dalla sua materialità, quale indizio dell'antigiuridicità del fatto se e in quanto sorretto, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, *unicamente* da dolo⁶⁷. Viceversa, le implicazioni di un disallineamento dai vincoli di realtà, nel senso sopra prospettato, sono pratiche e facilmente ipotizzabili. In mancanza di una norma incriminatrice *ad hoc*, è facile incorrere in modelli di tutela non solo *indiretta* del patrimonio culturale, ma addirittura deficitaria, a cagione delle dinamiche, sia pure ammesse, in sede di accertamento. Fuori dei casi di palese illegittimità costituzionale per carenza dei minimi presupposti di legalità del precetto, si pensi a tutt'altra ipotesi, in specie a quella tradizionale, che punisca il danneggiamento doloso o il furto, contemplando, sotto forma di circostanza aggravante, le prerogative storico-artistiche della *res* danneggiata o carpita. Inutile dire come tale circostanza, esponendosi al giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen., ben potrebbe scorporare dall'unicità del fatto di reato le peculiari caratteristiche dell'oggetto materiale dell'azione, che l'avrebbero contraddistinta dalla mera condotta di danneggiamento/furto. Una norma siffatta, la quale si proponesse di tutelare il patrimonio culturale aggirandone la "culturalità", non potrebbe definirsi aderente alla realtà più di quanto lo sarebbe una norma che si prefiggesse di incriminare, per avventura, la lesione di un inafferrabile "valore estetico" della cosa danneggiata/rubata. Con la sola differenza che l'elusione dei vincoli di realtà avverrebbe, in quest'ultimo caso, per un eccesso nelle scelte di criminalizzazione; nel primo, per difetto. Ma a farne le spese, in entrambi i casi, sarebbe pur sempre l'essenza stessa di bene giuridico: distorta (e soggettivata⁶⁸) da un lato; ridotta, dall'altro.

4. segue: tensioni con il principio di determinatezza.

Se, per un verso, l'espressa previsione di reati-spia rispetto ad un fenomeno criminoso *in atto e in potenziale divenire* ben si attaglia al "peso specifico" riservato dalla Convenzione al "trafficking of cultural property"; dall'altro, non può che destare perplessità la scelta di non

⁶⁷ Ciò in quanto "il dolo penalistico, qualunque nozione di esso si accolga, non può prescindere dalla comprensione di quel significato del comportamento tipico in considerazione del quale l'ordinamento opta per l'incriminazione". In questo senso, VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 99 e ss. Sulla teoria del fatto tipico quale indizio o *ratio cognoscendi* dell'antigiuridicità, cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 212 e ss.

⁶⁸ Per un'ampia rassegna dottrinale sul tema, v. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.



abrogare, riscrivendone gli elementi costitutivi, l'art. 733 cod. pen., ove persiste l'inafferrabile “*nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale*”⁶⁹. Spostato il baricentro della tutela penale dei beni culturali dalla legge complementare al codice penale, vi residua a tutt'oggi, questa figura di reato contravvenzionale, una delle pochissime espressioni di tutela diretta già prevista nel contesto *ante riforma*⁷⁰. Ma sono ben note le problematiche di accertamento connesse al “gigantismo” di cui sarebbe affetto l'evento⁷¹. Peraltro, passando alla fattispecie che, nell'intenzione del legislatore, dovrebbe sostituire l'art. 733 cod. pen., viene in rilievo l'art. 518-terdecies cod. pen.⁷², rubricato “*devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici*”, in cui la “*vastità*” e “*profondità*” della lesione⁷³ parrebbe evocare, oltre ad una ampissima discrezionalità, scenari bellici, in sé scarsamente verificabili.

Alla inconsistenza delle predette figure criminose si accompagna, parimenti, una persistente inafferrabilità del bene giuridico tutelato, nella misura in cui la riforma non ha per nulla diradato la fosca nozione di bene culturale.

L'esigenza di maggiore determinatezza insita nella nozione penalmente rilevante di bene culturale si deve al clima di incertezza interpretativa sorto attorno alla nota dicotomia beni culturali *reali*-beni culturali *dichiarati*⁷⁴. L'assenza di una disposizione definitoria, quand'anche di chiusura

69 Art. 733 cod. pen.: “*Chiunque distrugge, deteriora, o comunque danneggia un monumento o un'altra cosa propria di cui gli sia noto il rilevante pregio, è punito, se dal fatto deriva un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale, con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda non inferiore a euro 2065*”.

70 Come si è già avuto modo di osservare *supra* alla nota 26, il precetto *de quo* descrive la condotta alla stregua di illecito di danno, allontanandone il modello di incriminazione dalla falsariga dei reati di pericolo iscritti nella cornice della legislazione complementare. Danno che sembra atteggiarsi a condizione obiettiva di punibilità, da imputare quantomeno a colpa ex art. 27, co. 1 Cost. Secondo un orientamento della giurisprudenza, il “nocumento” al patrimonio archeologico, storico, artistico nazionale non rappresenterebbe una condizione obiettiva di punibilità bensì l'evento stesso del reato, cfr. Cass. pen., 29 aprile 1998, sent. n. 1521, in *Cass. pen.*, 2000, p. 51.

71 Cfr. FERRI, *Impossessamento illecito di beni culturali cit.*; TRONCONE, *La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 cod. pen.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2016, ad avviso del quale: “*nell'economia generale della fattispecie e in particolare sotto il profilo della qualificazione di ciascun elemento di tipicità la condizione obiettiva di punibilità risponde esattamente alla funzione assegnata dall'art. 44 cod. pen., per cui, pur prescindendo dall'incidenza dell'elemento soggettivo del reato, finisce per essere il vero requisito condizionante l'operatività del reato contravvenzionale. Al punto da costituire la vera ragione della inapplicabilità in concreto della norma e della sua insospettata simbolicità incrementata con il passare del tempo*”.

72 Art. 518-terdecies cod. pen.: “*Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 285, commette fatti di devastazione o di saccheggio aventi ad oggetto beni culturali o paesaggistici ovvero istituti e luoghi della cultura è punito con la reclusione da dieci a sedici anni*”.

73 Doveroso il richiamo agli approdi esegetici cui è giunta la giurisprudenza di legittimità nella disamina dell'art. 419 cod. pen.. Cfr. Cass. 25 gennaio 1973, Azzaretto; Cass. 28 aprile 1983, Alunni: “*La fattispecie di cui all'art. 419 cod. pen. incrimina i fatti di danneggiamento indiscriminato, vasto e profondo, di una notevole quantità di cose mobili o immobili che risultino idonei a turbare l'ordine pubblico*”.

74 MANTOVANI, *Lineamenti di tutela penale del patrimonio artistico*, in *RIDPP*, 1976, 64 e ss; CARPENTIERI, *op.*



al nuovo titolo, sulla falsariga degli artt. 357 e 358 cod. pen., lascia potenzialmente aperta l'opzione a favore del patrimonio culturale *reale*, con ciò giustificando l'esistenza, *in rerum natura*, di valori culturali che il provvedimento formale dell'Autorità all'uopo competente si limiterebbe, al più, a rivelare⁷⁵. Inutile rilevare come tale approccio generi tensioni sul versante della necessaria determinatezza-tassatività della fattispecie legale⁷⁶, ancor più in presenza di un vuoto normativo assai palese. Poiché la *culturalità* della *res* è, e rimane, la soglia di punibilità⁷⁷ superata la quale entra in moto tutto il sistema. E difficilmente si spiega come possa l'attestazione dell'interesse culturale e, quindi, la stessa perseguibilità delle condotte dipendere dall'*arbitrium iudicis*⁷⁸, senza intaccare il "volto costituzionale" dell'illecito.

Difficile dire sulla portata realmente integrativa della disciplina extrapenale. Guardando all'interesse artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico come al requisito che deve sussistere affinché si possa parlare di bene culturale, ci si avvede di una *norma latente*⁷⁹, a cagione delle sue aperture *ad un diritto di matrice puramente interpretativa*. Infatti, l'art. 10, comma III, lett. a), b), c), d), d-bis) ed e) di cui al d.lgs 42/2004⁸⁰ fa della *culturalità* una categoria spuria,

cit.; SALAMONE, *Argomenti di diritto penale dei beni culturali*, Torino, 2017, 27.

75 Una parte della giurisprudenza propende, di recente, per la configurabilità di un patrimonio culturale *reale*. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, sent. n. 31760, 12 novembre 2020, in cui si osserva che "le pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi urbani, laddove rientranti nell'ambito dei Centri storici, ai sensi del comma 1 e del comma 4 lettera g), dell'art. 10 del decreto legislativo n. 42 del 2004, sono qualificabili come beni culturali indipendentemente dall'adozione di una dichiarazione di interesse storico artistico ai sensi degli articoli 12 e 13 del Codice. Tali beni sono, quindi, da considerare beni culturali ope legis, rispetto ai quali trovano necessaria applicazione le norme di tutela di cui alla parte II del Codice fino a quando non intervenga una espressa verifica di interesse in senso contrario ex art. 12".

76 In senso analogo, SALAMONE, *op. cit.*, p. 27 e ss; MORGANTE, Art. 174, in *Leggi penali complementari*, PADOVANI (a cura di), Milano, p. 73; LEMME, *Compendio di diritto dei beni culturali*, Padova, 2013, p. 15.

77 Si riferisce alle soglie di punibilità alla stregua di confine della tipicità del fatto di reato GALLO, *op. cit.*

78 Come fermamente segnalato anche da MORGANTE, Art. 174 cit.; LEMME, *Compendio cit.*, p. 15: "In mancanza di criteri obiettivi sulla base dei quali affermare la natura di bene culturale (...) si rischia di violare il fondamentale principio di tassatività-determinatezza della fattispecie penale dal momento che la sussistenza di un interesse culturale o paesaggistico del bene offeso verrebbe a dipendere fatalmente dall'*arbitrium iudicis*".

79 CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della normentheorie di Binding nella dommatica penale*, in *discrimen*, 2018.

80 Art. 10, comma III, d.lgs 42/2004: "3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1; b) gli archivi e 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 rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose. Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la



riferendone gli estremi al riconoscimento, in concreto, di un interesse “*particolarmente importante*” ovvero “*eccezionale*”. Quest’ultimo rilievo non può che instillare il dubbio che a fare la differenza – anche penalmente – possa essere un fuggevole ideale estetico, magari all’esito di relazioni peritali fra loro discordanti, in cui il libero convincimento del giudice⁸¹ gli renda, insidiosamente, le vesti di *peritus peritorum*.

E ciò con buona pace dei vincoli di realtà e di una “*chiara e afferrabile lesione o messa in pericolo*”⁸² degli interessi in gioco.

5. Conclusioni

All’esito di queste prime riflessioni, è possibile formulare una valutazione conclusiva sul nuovo statuto penale dei beni culturali, nonché sulle relative prospettive *de iure condendo*. Muovendo proprio da queste, le osservazioni critiche sulla “*ricodificazione*” hanno consentito, sia pur nei limiti di un commento a prima lettura, di confermare l’esigenza di una più ampia *governance* dei beni oggetto di tutela: i rilievi formulati attraverso un rapido sguardo al diritto comparato hanno, in effetti, evidenziato tale esigenza, se non altro l’idea di un superamento dell’approccio unidirezionale alla tutela dei beni culturali culminante con la sola risposta sanzionatoria. Dunque, se sotto tale aspetto, l’*enforcement* penalistico può certamente dirsi rispondente agli *standards* dettati dal Consiglio d’Europa – e più *aderente alla realtà* - d’altra parte è ancora presto per poterne apprezzare, con completezza, l’efficacia effettiva, complici le rilevate frizioni con talune asserite pretese formalistiche, che parrebbero sopravvalutare il ruolo dello “*schema formale di riferimento*” nel processo di pieno consolidamento dei “*valori culturali*” tutelati all’interno della società civile, e nei rapporti tra questa e gli attori all’uopo deputati. *Last but not*

dichiarazione di monumento nazionale; 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 Nazione; e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse”.

81 In ordine al potere di apprezzamento del giudice sul sapere tecnico-scientifico, cfr. *ex mutis*, Cass. pen., sent. n. 21449 del 1 giugno 2022.

82 PULITANO’, *op. cit.*, p. 211. Cfr. la bozza di schema di riforma al codice penale presentata il 14 maggio 2007 dalla Commissione Pisapia.



LEXAMBIENTE
Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente
Fasc. 3/2022

least, la tenuta costituzionale dei nuovi illeciti continua ad essere messa a dura prova dalle criticità annesse alla mancanza di una puntuale nozione di bene culturale, che sarebbe stata risolutiva in punto di esatta perimetrazione del bene giuridico tutelato.