

Gian Paolo Demuro

**LA TUTELA PENALE DEI BENI CULTURALI,
ANCHE ALLA LUCE DEL CODICE DEI BENI
CULTURALI E DEL PAESAGGIO***

1. Le opzioni sistematiche: a) tutela penale diretta e tutela penale indiretta. 2. Le opzioni sistematiche: b) tutela del patrimonio culturale reale e tutela del patrimonio culturale dichiarato. 3. Forme di offesa dei beni culturali e risposte del codice penale e della legislazione speciale. 4. Sistema che punisce troppo (reati di pericolo astratto nella legislazione speciale) o troppo poco e male (nel codice penale). 5. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42). 6. Il compimento di opere non autorizzate. 7. Violazioni in tema di alienazione. 8. I reati in materia di ricerche archeologiche e l'impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato. 9. Il possesso di reperti archeologici da parte dei privati. 10. Cenni comparatistici.

1) Le opzioni sistematiche: a) tutela penale diretta e tutela penale indiretta

Per l'art. 9 della Costituzione "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico nazionale".

** Il testo riproduce la relazione tenuta all'incontro di studio "La tutela dei beni culturali", organizzato dalla IX Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, in memoria del giudice Rosario Livatino (Agrigento 20 - 22 settembre 2004).*

L'obbligo di tutela dei beni culturali trova pertanto nel nostro ordinamento riconoscimento costituzionale. Nessuna ulteriore precisazione, oltre l'enunciazione del dovere è contenuta nella Costituzione: spetta dunque al legislatore non solo il compito di precisare il contenuto della nozione di patrimonio storico e artistico ma anche di esplicitare il sistema e i modi di tutela.

La previsione costituzionale e il rango attribuito ai beni culturali impongono il ricorso al diritto penale come irrinunciabile strumento di prevenzione, repressione, "stigmatizzazione" e riaffermazione del valore tutelato.

Le disposizioni del codice penale del 1930 (e dunque precedente e non coordinato con la carta fondamentale) non attribuiscono alla tutela dei beni culturali un ruolo adeguato al rango costituzionale. Alle forme più gravi di aggressione ai beni culturali - la distruzione e la dispersione - è attualmente possibile reagire con disposizioni dettate in un'altra ottica (quella meramente patrimonialistica) e attraverso un'interpretazione adeguatrice (evolutiva) delle disposizioni stesse.

Si pensi alle disposizioni in tema di furto e danneggiamento.

Per punire il **furto** di beni culturali attualmente si può solo (e non sempre) ricorrere alla circostanza aggravante del furto prevista nell'art. 625 n. 7 del codice penale, il quale dispone l'aggravamento di pena "Se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici e stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza". I beni culturali sono stati considerati rientrare - in via interpretativa - tra gli oggetti materiali di questa circostanza aggravante in ragione della fruizione pubblica che (talora) li caratterizza. La pubblica fruizione è infat-

ti necessaria per lo svolgimento della loro funzione, di strumenti per lo sviluppo della cultura, e quindi della personalità umana.

La circostanza aggravante prevista nell'art. 625 n. 7 c.p. è misura del tutto inadeguata rispetto all'obiettivo di una efficace salvaguardia del patrimonio storico-artistico. Sotto un profilo di tecnica giuridica, l'applicazione della circostanza può essere completamente elisa dal concorso di circostanze attenuanti ritenute dal giudice prevalenti nel giudizio di bilanciamento. Inoltre è dubbia l'applicabilità dell'aggravante ai beni culturali di proprietà privata. Infine e soprattutto si parifica - conseguenza questa irragionevole - sotto un profilo di previsione e di punizione il furto di opere d'arte a quello degli autoveicoli parcheggiati sulla pubblica via e a quello compiuto nei supermercati.

Anche in tema di **danneggiamento** attualmente sono presenti i medesimi inconvenienti, di impostazione e di tecnica, nonostante un recente intervento legislativo. Infatti quando il danneggiamento comune, previsto dall'art. 635 c.p., ha per oggetto beni facenti parte del patrimonio storico-artistico, si applica l'aggravante di cui al secondo comma n. 3 dello stesso articolo. L'art. 13 della legge 352/97 ha precisato l'oggetto della tutela: "cose di interesse storico o artistico ovunque siano ubicate o su immobili compresi nel perimetro dei centri storici", e ha aggiunto, allo scopo di rafforzare la tutela, il seguente comma all'art. 639 c.p. ("Deturpamento o imbrattamento di cose altrui"): "se il fatto è commesso su cose di interesse storico o artistico ovunque siano ubicate o su immobili compresi nel perimetro dei centri storici, si applica la pena della reclusione fino a un anno o della multa fino a lire due milioni e si procede d'ufficio".

Gli interventi di riforma hanno riguardato dunque l'oggetto della tutela, adeguando le norme all'affinamento della coscienza sociale in tema di beni culturali, ma non hanno inciso sulla strut-

tura delle fattispecie, in quanto il danno al patrimonio storico-artistico continua a costituire un disvalore aggiuntivo, descritto nella fattispecie sotto forma di circostanza, nell'ottica della tradizionale visione patrimonialistica. Comunque la modifica legislativa consente per lo meno di comprendere nell'ambito di tutela tutti i beni culturali, pubblici e privati, senza la limitazione contenuta nella precedente formulazione del n. 3 del capoverso dell'art. 635 ("su edifici pubblici o destinati ad uso pubblico o all'esercizio di un culto, o su cose indicate nel n. 7 dell'art. 625").

Pertanto risulta adesso preso in considerazione, seppur in forma circostanziale, il valore culturale in sé - anziché quella che ne costituisce una modalità, cioè la destinazione al pubblico - e viene eliminato il collegamento prima esistente con la incerta formula della circostanza aggravante del furto.

Alla precisazione dell'oggetto materiale non si è accompagnato un intervento su quelli che venivano indicati come spazi vuoti di tutela, cioè le ipotesi di danneggiamento colposo (frequentissime e non coperte dalle disposizioni degli artt. 635 e 639 c.p., che prevedono fattispecie dolose) e di danneggiamento su cosa propria. A coprire queste lacune dovrebbe contribuire la contravvenzione dell'art. 733 c.p. ("Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale"), che però dati i suoi limiti strutturali (è stata definita da Mantovani "una contravvenzione "gigante", di rara verificaione pratica") ha avuto in giurisprudenza un'applicazione contrastata e marginale. I vizi strutturali dell'art. 733 c.p. non consentono comunque di dare risposta in modo completo ai due problemi fondamentali in tema di danneggiamento di beni culturali: il danneggiamento colposo e il danneggiamento di cosa propria vincolata.

L'insufficienza degli strumenti normativi e una impostazione che non attribuisce ai beni culturali l'adeguato rilievo riconosciu-

to dalla Costituzione impongono un ripensamento della disciplina codicistica, per assegnare un significato nuovo alla tutela penale dei beni culturali in Italia creando un titolo apposito (come per i beni ambientali).

La tutela penale del patrimonio storico-artistico può assumere - secondo gli schemi di distinzione proposti da Ferrando Mantovani - due forme.

La prima forma è costituita da un sistema di *tutela penale indiretta*, che si basa cioè sul regime privatistico dei beni e nel quale il carattere culturale del bene ha il significato di semplice limite ai poteri di disposizione e godimento del proprietario e il valore ideale (culturale) ha semplice carattere accessorio rispetto alla materialità del bene. In tale sistema il patrimonio storico-artistico non assume il ruolo di bene giuridico autonomo; il carattere storico-artistico dell'oggetto materiale leso costituisce un disvalore aggiuntivo nell'ambito di reati con oggettività giuridica differente (reati contro il patrimonio) e assume nella struttura del reato la veste di circostanza aggravante.

La seconda forma è un sistema di *tutela penale diretta* del patrimonio storico-artistico. Tale sistema presuppone un regime pubblicistico protettivo, che pone come base una nozione di bene culturale nella quale il valore ideale si compenetra così profondamente nell'elemento materiale da formare un nuovo bene giuridico, che deve costituire oggetto di protezione diretta da parte dello Stato, indipendentemente dall'appartenenza pubblica o privata del bene e anche nei confronti di possibili offese da parte dello stesso proprietario. In tale sistema il patrimonio storico-artistico costituisce appunto un autonomo bene giuridico, oggetto di protezione diretta da parte del legislatore. La formula più adeguata per tale protezione diretta è la creazione all'interno del

codice penale di un titolo appositamente dedicato ai reati contro il patrimonio storico-artistico.

Le disposizioni attualmente contenute nel codice penale apprestano - come già accennato - una mera tutela indiretta del patrimonio storico-artistico. Infatti il patrimonio storico-artistico non vi assurge quale bene giuridico autonomo, ma rileva in via eventuale laddove beni culturali siano oggetto materiale del reato. In tal caso la lesione di beni culturali può al massimo costituire - a titolo di circostanza - motivo di aggravamento di fattispecie poste a protezione di altri beni (patrimoniali). Pertanto la culturalità del bene non rientra tra gli elementi oggettivi che concorrono a descrivere l'offesa al bene giuridico: non è un elemento necessario per la sussistenza del fatto, ma esprime solamente un disvalore aggiuntivo in reati aventi oggettività giuridica diversa.

La natura circostanziale di tali elementi della fattispecie comporta come prima conseguenza il loro sottostare al giudizio di bilanciamento nel caso di concorso eterogeneo di circostanze. Perciò il disvalore insito nel carattere storico-artistico dell'oggetto materiale del reato può risultare completamente eliso in sede di applicazione della pena ove concorrano con esso circostanze attenuanti che il giudice ritenga prevalenti.

Sotto il profilo dell'imputazione soggettiva, la disciplina vigente consente di imputare le circostanze aggravanti (e dunque anche quella sul carattere culturale del bene) quando il reo ne abbia ignorata per colpa l'esistenza: la specifica colpevolezza relativa alle circostanze aggravanti richiede dunque come coefficiente minimo di imputazione la colpa, indipendentemente dalla natura dolosa o colposa del reato-base.

Nella *legislazione complementare* (ora inserita nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, c.d. codice Urbani) sono invece

previste le disposizioni aventi specificamente come oggetto giuridico il patrimonio storico-artistico, e dunque il sistema di *tutela penale diretta*. A proposito di talune di queste fattispecie sorge in realtà il dubbio se esse siano volte direttamente alla tutela di questo bene giuridico, o non piuttosto, data la struttura di reati di pericolo astratto, se alla fine risulti protetto il sistema amministrativo di tutela del bene invece che lo stesso bene giuridico culturale.

Il vigente sistema non rispetta perciò il dettato costituzionale, che attribuisce rilievo autonomo ai beni culturali, alla loro conservazione e al loro sviluppo. La previsione della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione è infatti contenuta tra i principi fondamentali della Costituzione, anziché costituire solamente esplicazione della funzione sociale della proprietà (come p. es. in Spagna) e dunque quale possibile limite a essa. E' pertanto necessario introdurre - come già proposto dalla Commissione Pagliaro - un titolo apposito nel codice penale, che raggruppi le più gravi offese di danno al patrimonio culturale: danneggiamento, sottrazione, appropriazione, ricettazione e circolazione illecita.

Dall'analisi dei sistemi stranieri di tutela del patrimonio culturale risulta l'assoluta prevalenza degli ordinamenti nei quali la tutela penale codicistica è di tipo indiretto, assumendo rilievo autonomo il patrimonio storico-artistico solo nella legislazione complementare. Solo ordinamenti recentemente riformati assumono coscienza della necessità di considerare autonomamente tale bene giuridico attraverso la creazione di un titolo apposito nel codice penale. In questo senso l'esempio più significativo è costituito dal codice spagnolo del 1995, che prevede un capitolo espressamente intitolato "*De los delitos sobre el patrimonio histórico*".

In Italia, dove il patrimonio storico-artistico costituisce forse il più importante fattore di identità nazionale, con importanti riflessi anche economici, e dove, secondo recenti statistiche, è situato il 60 % del patrimonio storico-artistico mondiale, non si può non seguire la via di una tutela penale diretta.

Come sottolinea in generale la dottrina penalistica, la previsione di reati nel codice penale - anziché in altri testi legislativi separati - pone in particolare risalto la centralità di taluni beni giuridici e attribuisce speciale evidenza a una “tavola di valori” la cui difesa è irrinunciabile per la società (Fiandaca e Musco). Afferma Mario Romano: “La modernità di un codice nella legislazione di uno Stato, anzi, si misura proprio con il suo grado di corrispondenza alle rappresentazioni di giustizia presenti nella società in un dato momento storico (*significato di orientamento sui valori*)”. L’inserimento nel codice dei reati contro i beni culturali avrebbe anche - secondo Sergio Moccia - una significativa valenza in termini di integrazione sociale, in quanto servirebbe a correggere l’ancora diffusa, erronea opinione che molti di tali fatti, spesso gravissimi sul piano della dannosità sociale, costituiscono dei “reati da gentiluomini”.

La collocazione del titolo dedicato ai reati contro i beni culturali nel corpo della parte speciale dovrà poi tenere conto che i beni culturali rappresentano beni-mezzo per la salvaguardia e lo sviluppo della personalità umana. Dunque in un catalogo dei beni tutelati che muova da tale prospettiva, questo titolo di reati dovrà trovare collocazione vicina ad altri beni-mezzo, come per esempio quelli ambientali e quelli contro il paesaggio.

In virtù del principio di sussidiarietà (o di necessarietà), per il quale l’ingresso del diritto penale dovrebbe costituire l’*ultima ratio*, quando altri rami dell’ordinamento non promettono (o abbiano già non dimostrato) di offrire adeguata tutela, è necessario

inserire nel codice penale solo le più gravi forme di offesa al patrimonio culturale. Nella legislazione complementare - egualmente da riformare - dovranno essere comprese tutte quelle fattispecie nelle quali è presente la violazione di obblighi ma non sussiste un'offesa di danno: peraltro molte di tali fattispecie potrebbero essere sanzionate - anziché penalmente - amministrativamente.

2) Le opzioni sistematiche: b) tutela del patrimonio culturale reale e tutela del patrimonio culturale dichiarato

Tutela del *patrimonio culturale dichiarato* significa “circoscrivere la tutela ai soli beni il cui valore artistico è oggetto di previa dichiarazione”. Invece tutela del *patrimonio culturale reale* significa assegnare protezione alle cose in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento di esso da parte delle autorità competenti. Ebbene, limitare l'ambito di tutela al patrimonio culturale dichiarato significa soddisfare un'esigenza di certezza, ma comporta il rischio di privare di protezione gran parte dei beni culturali, quelli di proprietà privata sforniti della necessaria “dichiarazione”. Per converso, nell'ottica di un sistema di tutela del patrimonio culturale *reale*, i vantaggi del sistema di tutela del patrimonio culturale *dichiarato* si tramutano in difetti. Infatti l'esigenza di certezza perde importanza di fronte al (grave) rischio di non salvaguardare la grande quantità di beni culturali non *dichiarati*. In tale sistema si assegna un compito fondamentale all'elaborazione giurisprudenziale (seppure con l'ausilio di perizie di esperti) e assume un ruolo di primo piano l'errore sul carattere culturale del bene, invocato spesso a propria scusa da parte dell'autore del fatto.

In generale si può affermare che un tipo di tutela del patrimonio culturale *reale* (soprattutto se il valore culturale del singo-

lo bene sia particolarmente elevato) dovrebbe essere assolutamente prevalente nelle fattispecie lesive o nelle ipotesi di esportazione illecita del bene, da cui può derivare la perdita definitiva del controllo sul bene stesso; invece per quanto concerne gli obblighi di conservazione e le disposizioni sull'alienazione di tali beni dovrebbero concorrere entrambi i sistemi, *dichiarato* e *reale*, in rapporto all'efficienza in vario modo dell'opera di catalogazione. A questo punto rilevano due considerazioni: la prima è che l'obiettivo deve essere quello di fare coincidere il più possibile il patrimonio culturale *dichiarato* con il patrimonio culturale *reale*; la seconda è che tale obiettivo non potrà mai essere completamente raggiunto, data la vastità del patrimonio storico, artistico, archeologico, demoetnoantropologico del nostro Paese e per il possibile mutamento nei diversi momenti storici della sensibilità culturale che porta al riconoscimento del carattere culturale dei beni. Pertanto accanto all'espansione del sistema di tutela del patrimonio culturale *dichiarato* dovrebbe sempre necessariamente residuare uno spazio per la tutela del patrimonio culturale *reale*.

La nostra Costituzione - e ciò rappresenta argomento decisivo a favore della scelta per un sistema di tutela del patrimonio culturale *reale* - all'art. 9 indica quale compito fondamentale della Repubblica la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico. Attuazione piena a tale compito può essere data solo attraverso un sistema di tutela che comprenda la totalità dei beni culturali (anche l'arte contemporanea!), e ciò anche in considerazione del fatto già segnalato che nel nostro sistema i beni culturali costituiscono un valore in sé, e la loro tutela non si impone - come invece avviene in altri ordinamenti - quale esplicitazione della funzione sociale della proprietà privata e dunque quale limite a essa, ma piuttosto come espressione positiva e adempi-

mento di un obbligo direttamente previsto dalla Costituzione (art. 9).

In prospettiva di riforma dell'intero settore dei beni culturali si può suggerire un sistema per ridurre le lacune di tutela nell'ambito di un quadro di certezza: l'introduzione della distinzione tra *catalogazione* e *dichiarazione* di interesse storico-artistico, sulla traccia dei sistemi francesi dell'*inscription* e del *classement*. La *catalogazione* deve costituire momento precedente e strumentale alla *dichiarazione* di interesse storico-artistico, dichiarazione necessaria solo se e quando vi sia pericolo per l'integrità del bene culturale e dunque vi sia necessità di salvaguardia attraverso l'imposizione di obblighi particolarmente rigidi ai proprietari. Ai fini penali dell'identificazione dell'oggetto materiale potrebbe quindi derivare che la tutela penale del *patrimonio culturale catalogato* potrebbe essere una utile opzione una volta che l'attività di catalogazione nel nostro Paese raggiungesse livelli soddisfacenti e agli elenchi venisse data opportuna pubblicità.

La scelta tra i sistemi di tutela appena descritti, oltre a esprimere una determinata politica legislativa in tema di beni culturali e indicare l'oggetto di tutela, comporta altre significative conseguenze sotto il profilo del diritto penale, in primo luogo a proposito del rapporto tra legge e fonte normativa subordinata.

In un sistema di tutela del patrimonio culturale dichiarato la legge affida infatti alla fonte secondaria la determinazione delle condotte concretamente punibili, secondo lo schema delle norme penali in bianco, o comunque la fonte normativa inferiore partecipa alla configurazione del fatto di reato, contribuendo a delinearne le modalità.

Dall'opzione per l'uno o per l'altro dei sistemi di tutela discendono poi effetti in tema di: a) possibile limitazione dei sog-

getti attivi (reati comuni o propri); b) ricostruzione del fatto tipico secondo la natura che si assegna alla qualità culturale del bene (elemento normativo oppure valutativo); c) infine e conseguentemente in tema di colpevolezza e di cause di esclusione di essa.

Il valore storico-artistico (il quale non solo accede ma rappresenta il bene: è la sua *essenza*), assume rilievo differente in base al ruolo che svolge nella fattispecie. Tale valore può infatti: a) costituire qualifica dell'oggetto materiale del reato, e allora l'interesse storico-artistico assume la veste di autentico e autonomo bene giuridico tutelato; b) costituire elemento meramente circostanziale, e allora l'interesse culturale del bene leso viene a rappresentare semplice disvalore aggiuntivo di un'offesa ad altro principale bene giuridico tutelato; c) infine l'interesse storico-artistico può essere dichiarato da un'autorità amministrativa, e da ciò i problemi dell'errore sulle norme penali in bianco e sui reati propri.

3) Forme di offesa dei beni culturali e risposte del codice penale e della legislazione speciale

Alle due forme fondamentali di offesa, la distruzione e la dispersione, il codice penale risponde con le insufficienti misure già viste. Il codice dei beni culturali e del paesaggio - in continuità con la legislazione precedente - prevede invece, con riferimento alle due diverse forme di offesa, la tecnica di anticipazione della tutela penale rappresentata dai reati di pericolo astratto.

Ne risulta un:

4) Sistema che punisce troppo (reati di pericolo astratto nella legislazione speciale) o troppo poco e male (nel codice penale)

Il sistema italiano di tutela penale dei beni culturali è contraddittorio e incoerente.

Si pensi alla fase della lesione e a quella del pericolo.

Con riferimento alla prima, il legislatore non riconosce alla tutela dei beni culturali un ruolo adeguato al rango costituzionale, né sotto il profilo della struttura del reato né sotto il profilo sanzionatorio. Sotto il profilo della struttura, è criticabile infatti che la culturalità del bene rappresenti circostanza aggravante, giacché in tale struttura la culturalità del bene costituisce semplice disvalore aggiuntivo rispetto ad un profilo patrimoniale ritenuto dal legislatore disvalore principale; tale tipo di configurazione può comportare poi l'elisione di tale disvalore aggiuntivo attraverso il giudizio di bilanciamento. Sotto il profilo sanzionatorio non è condivisibile il trattamento più grave riservato al furto (aggravato) di beni culturali rispetto al danneggiamento (aggravato) di beni culturali: tale differenza deriva dal tradizionale (ma ormai antistorico) rigore delle aggravanti del furto, ma urta contro il rilievo che in una scala di gravità di lesione del bene giuridico al gradino più alto si trova la distruzione e il danneggiamento del bene culturale e poi il furto di esso. Tanto più in un ordinamento come il nostro (e come buona parte di quelli europei) che considera attributo essenziale dell'oggetto della condotta di furto la fruibilità pubblica (la "funzione di bene comune", *Gemeinwohlfunktion*) del bene culturale più ancora del suo intrinseco valore ideale e che dunque esclude dall'ambito dell'aggravante i beni culturali che tale destinazione non hanno.

Con riferimento alla fase del pericolo, l'importanza del bene viene invece ritenuta, evidentemente, tale da giustificare la meri-

tevolezza e il bisogno di una significativa anticipazione della tutela penale attraverso l'utilizzo della tecnica del pericolo astratto.

Il nostro è pertanto un ordinamento severo quando non solo non c'è lesione del bene ma anche quando la previsione della pericolosità è solo astratta e reca immancabilmente un margine di presunzione. Al contrario tale impostazione severa svanisce quando il tipo di offesa è quello della lesione.

Da questa impostazione contraddittoria deriva - se non una uniformità di trattamento - una insufficiente differenziazione della tipologia di offese.

5) Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42)

Né in tema di beni culturali né di beni paesaggistici, l'intento innovatore dei compilatori del codice ha investito le tecniche di tutela sanzionatorie.

La scelta operata è tuttora nel senso della sostanziale conferma del sistema delineato prima dalla l. 1089/1939 e poi dal testo unico: affidamento al potere amministrativo dei compiti di gestione dei beni culturali e al diritto penale del compito di garanzia dell'effettività dell'intera normativa, attraverso la deterrenza delle sue minacce.

Il sistema delle sanzioni è contenuto nella parte quarta del codice, che si divide in due titoli, il primo dedicato alle sanzioni amministrative, il secondo alle sanzioni penali. Ognuno dei due titoli è diviso in due capi, dei quali il primo raggruppa le sanzioni relative alle violazioni dei precetti sui beni culturali, il secondo quelle relative ai beni paesaggistici¹.

¹ Il codice inverte pertanto l'ordine delle sanzioni rispetto al testo unico: dedica infatti alle sanzioni amministrative il capo I e alle sanzioni penali il capo II. L'inversione si innesta in un annunciato mutamento di prospettiva,

Pur in un contesto normativo talora mutato, la tecnica di tutela penale risulta ancora polarizzata sul pericolo astratto, strumento fondamentale e discutibile del “moderno” diritto penale². La

consistente nella depenalizzazione delle fattispecie di pericolo astratto e nella introduzione di un nuovo titolo nel codice penale dedicato ai reati contro i beni culturali. Anziché provvedere immediatamente e una volta per tutte alla risistemazione dell'intera disciplina dei reati contro i beni culturali, si è preferito affidare il compito di preparare questo intervento legislativo alla Commissione ministeriale Nordio. L'introduzione dunque di un nuovo titolo del codice penale dedicato ai reati contro i beni culturali e la depenalizzazione delle fattispecie (di pericolo astratto) contenute prima nel testo unico e ora nel codice è legata all'incerta sorte complessiva dell'ennesimo progetto di codice penale in via di elaborazione.

² Il diritto penale “moderno”, “della prevenzione generalizzata” e “del rischio” si caratterizza - secondo Carlo Enrico Paliero - per i seguenti aspetti: normazione per rinvio e norme penali in bianco, violazione di obblighi, importanza dell'*error juris*, rivalutazione della *Vorsatztheorie*, modello di illecito del pericolo astratto e fattispecie omissive

Gli strumenti dei quali il moderno diritto penale preferisce servirsi sono naturalmente funzionali ai suoi nuovi compiti. Strumento fondamentale del moderno diritto penale, chiaramente funzionale alla sua aumentata capacità, è la forma di offesa del pericolo astratto. Già un breve sguardo alla legislazione penale complementare in Italia (così come allo *Strafgesetzbuch* tedesco) illumina sul fatto che il reato di pericolo astratto è la forma di reato (l'Idealtipo) del moderno diritto penale. Reati di pericolo concreto e reati di lesione paiono essere superati.

I motivi per i quali il legislatore preferisce costruire la fattispecie secondo il paradigma del pericolo astratto sono così indicati da Hassemer: 1) la tecnica del pericolo astratto diminuisce notevolmente l'impiego del diritto penale, in quanto riduce radicalmente i presupposti della punibilità; 2) così come si rinuncia al danno, si rinuncia anche alla prova della causalità potenziale; 3) la pericolosità non è oggetto di accertamento da parte del giudice, ma risiede nei motivi che il legislatore ha posto a fondamento dell'incriminazione (ne costituisce la *ratio*); 4) l'accertamento del giudice risulta oltremodo semplificato. Nei reati di pericolo astratto rispetto a quelli di pericolo concreto o di danno alla riduzione dei presupposti della punibilità si accompagna naturalmente anche la riduzione delle possibilità di difesa: “le limitazioni della punibilità costituiscono presupposti della punizione”.

Beni giuridici universali e delitti di pericolo astratto come strumenti della moderna legislazione penale portano con sé altre gravi conseguenze: 1) quando il legislatore opera con la tecnica del pericolo astratto a lungo termine si riduce la visibilità e tangibilità dell'illecito; 2) nelle tipologie delittuose di pericolo astratto le vittime appaiono sfumate o del tutto mancanti; 3) l'illecito diventa talvolta nient'altro che il risultato di un calcolo (*Berechnung*). Ciò porta dunque Hassemer a chiedersi se la “visibilità” (*Sichtbarkeit*) dell'illecito continua a essere o no - anche agli occhi della popolazione - criterio fondamentale nel diritto penale.

maggior parte delle condotte consiste sostanzialmente in attività di vario tipo compiute senza autorizzazione. Si tratta di condotte che richiedono per la loro esecuzione speciali cautele e competenze tecnico-professionali. Infatti i beni culturali si caratterizzano per la loro unicità, deperibilità e non ripetibilità, in quanto il nesso tra elemento materiale ed elemento ideale non è riproducibile in modo equivalente se muta il termine del rapporto rappresentato dall'elemento materiale. In condotte come demolire, rimuovere, modificare, restaurare beni culturali, o ricercare beni archeologici, il legislatore continua a ravvisare quella generale pericolosità che motiva la scelta della tecnica del pericolo astratto; e soprattutto continua a sanzionarle penalmente. Emblema del sistema di tutela penale rimane la fattispecie di opere illecite, che punisce chiunque senza autorizzazione demolisce, rimuove, modifica, restaura ovvero esegue opere di qualunque genere su beni culturali: la fattispecie, già nell'art. 59 della l. 1089/1939 e nell'art. 118 del TU, è nel nuovo codice contenuta nell'art. 169.

La scelta tra un sistema di tutela del patrimonio culturale dichiarato (che limita cioè la protezione ai beni il cui valore storico, artistico, ecc. è oggetto di previa dichiarazione) e uno di tutela del patrimonio culturale reale (che assegna cioè protezione alle cose in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento di esso da parte delle autorità competenti) è diversa a seconda che i beni siano di appartenenza pubblica o di proprietà privata³.

³ Nella parte prima del codice, tra le disposizioni generali, è contenuta la definizione di "patrimonio culturale". Secondo l'art. 2 "il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici". Beni culturali sono definite "le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 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". La definizione separa i concetti di bene, cosa e interesse, così come già faceva il testo unico: in tal modo l'interesse diventa un attributo della cosa, anziché costituirne l'es-

Per i beni di appartenenza pubblica vige nel codice un sistema misto, di tutela provvisoriamente del patrimonio culturale reale (identificato peraltro tramite una presunzione) per arrivare poi alla tutela del patrimonio culturale dichiarato (verificato secondo l'espressione dell'art. 12 CBCP). E' infatti sufficiente per essere considerati beni culturali, e dunque per rientrare nell'ambito di tutela codicistico, la presenza del semplice interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché a ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro (art. 10 co. 1 CBCP). La presunzione del valore culturale deriva dalla previsione dell'art. 12 co. 1 CBCP, che dichiara sottoposte alle disposizioni del codice le cose immobili e mobili indicate nell'art. 10 co. 1 CBCP, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga a oltre cinquant'anni, fino a quando non sia stata effettuata la verifica da parte del Ministero nelle forme previste nei successivi commi dell'articolo.

Per i beni culturali di proprietà privata, vige invece un sistema di tutela del solo patrimonio culturale dichiarato. Infatti per le

senza. Sarebbe stato preferibile identificare l'oggetto di tutela nei "beni culturali" invece che nel "patrimonio culturale", in quanto con l'espressione "beni culturali" viene meglio descritta l'immedesimazione dell'elemento materiale e del valore ideale: l'elemento materiale e il valore ideale si compenetrano, cosicché tale valore diventa l'essenza del bene e non solo il motivo (la *ratio*) della tutela. Invece la definizione "patrimonio culturale" potrebbe richiamare un significato economico-materiale che sarebbe stato più opportuno evitare.

Considerare infine i beni culturali e i beni paesaggistici quali *species* di un unico *genus* (il patrimonio culturale) può rivestire un significato simbolico ma è privo di conseguenze pratiche, come dimostra lo stesso codice, che assegna competenze differenziate per i due tipi di beni e attribuisce forme di tutela specifiche. Né poteva essere diversamente: beni culturali e beni paesaggistici sono entità differenti già sotto un profilo ontologico, riferendosi i primi al c.d. "bello d'arte", al prodotto della creatività umana, e i secondi al c.d. "bello di natura", secondo la fondamentale differenza nella filosofia dell'estetica, che trova origine nella "Critica del Giudizio" di Kant.

cose immobili e mobili appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 10 co. 1 CBCP non basta la presenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico (particolarmente importante e non solo semplice come per i beni di appartenenza pubblica), ma è necessario che questo interesse (di grado particolare) venga dichiarato formalmente.

Quanto al contenuto dei titoli in cui si divide la parte quarta, nel titolo I, dedicato alle sanzioni amministrative, si prevedono sanzioni pecuniarie amministrative e misure ripristinatorie. Le sanzioni pecuniarie amministrative sono dirette nei confronti del responsabile di un fatto illecito e puniscono pertanto la violazione di un precetto, con un effetto di tutela simile a quello delle sanzioni penali; invece le misure ripristinatorie hanno come funzione il ripristino di uno stato di fatto e come oggetto di riferimento la cosa e non il responsabile dell'illecito. Dalle disposizioni del codice emerge la possibilità di un'applicazione congiunta - data la loro differente natura - di sanzioni pecuniarie amministrative e misure ripristinatorie.

Nel titolo II, dedicato alle sanzioni penali, si contemplan sia delitti che contravvenzioni. I compilatori del codice - confermando la scelta della l. 1089/1939 e del testo unico - hanno configurato come delitti le fattispecie in cui la condotta oltre a violare un precetto amministrativo cagiona un'offesa di danno al bene tutelato. Pertanto il codice considera delitti le violazioni in tema di alienazione in ambito nazionale e di trasferimento all'estero, l'illecito impossessamento di beni culturali ritrovati e la contraffazione di opere d'arte.

Quando invece alla violazione dei precetti amministrativi si accompagna una condotta non produttiva di danno ma comunque intrinsecamente pericolosa per il bene tutelato, e si è dunque in presenza di reati di pericolo astratto, la scelta è per il modello

contravvenzionale. All'interno di questo modello la valutazione del disvalore delle diverse condotte è la medesima: le pene previste negli artt. 169-172 sono sempre l'arresto da sei mesi a un anno e l'ammenda da euro 775 a euro 38.734,50.

Rimane la zona grigia rappresentata da fattispecie in cui manca nelle condotte il carattere di pericolosità intrinseca e la violazione di prescrizioni amministrative assorbe l'intero disvalore. Qui il legislatore opta ancora per il reato contravvenzionale e non per l'illecito amministrativo: la scelta è espressa nella norma di chiusura dell'art. 180, norma penale in bianco che sanziona penalmente, seppur in modo più lieve rispetto alle contravvenzioni di pericolo astratto, ogni residua inosservanza di provvedimenti amministrativi.

Nel prosieguo della relazione, saranno esaminati alcuni punti problematici della disciplina dettata dal nuovo codice: in particolare il compimento di opere non autorizzate, le violazioni in tema di alienazione e quelle nel campo delle ricerche archeologiche. Alla trattazione dei reati in materia archeologica seguirà l'esposizione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di possesso da parte dei privati di reperti archeologici.

6) Il compimento di opere non autorizzate

Art. 169

Opere illecite

E' 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, tavernacoli 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.

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.

1. La scelta legislativa del pericolo astratto quale tecnica di tutela

La contravvenzione dell'art. 169 CBCP rappresenta l'emblema del diritto penale dei beni culturali e ripete la tecnica di tutela dei preesistenti artt. 118 TU e 59 l. 1089/1939. Le modifiche riguardano la disciplina delle attività vietate, ma non intaccano la natura di "classica" ipotesi di pericolo astratto che continua a rivestire la fattispecie di "opere illecite".

Il centro della fattispecie è la mancanza di autorizzazione. Tutte le condotte descritte sono punite in quanto tali, a prescindere dalla circostanza che al bene sia stato arrecato un danno, nel qual caso si applicherà anche la sanzione amministrativa dell'ordine di reintegrazione (ora art. 160 CBCP)⁴; e anche indipen-

⁴ Così come avveniva vigente il testo unico, questa misura ripristinatoria ha un importante significato sistematico: la sua applicazione condizionata ("se per effetto della violazione ... il bene culturale subisce un danno") conferma la natura di reati di pericolo astratto delle fattispecie ora previste negli artt. 169, 170 e 171 CBCP e dunque l'indifferenza ai fini dell'applicazione di esse della natura dell'offesa, di danno o di pericolo.

dentemente dalla sussistenza di una concreta messa in pericolo del bene, proprio perché si tratta di fattispecie di pericolo astratto. Secondo lo schema dei reati di pericolo astratto, il legislatore ravvisa nelle condotte descritte una “intrinseca pericolosità” (*generelle Gefährlichkeit*) per il bene o comunque, secondo recenti elaborazioni dottrinali in ordine a tale tipo di reati, la “produzione di un rischio” (“*Risikoschaffung*”) per esso⁵.

⁵ Per evitare che alla tipicità non si accompagni l’offensività dottrina e giurisprudenza valorizzano il ruolo dell’“esiguità” come indice di inoffensività del fatto. La lettera della legge - sostengono G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*³, 1, Milano 2001, 572 - rappresenta soltanto il limite esterno imposto all’opera dell’interprete: “entro questo limite, è il bene giuridico che rappresenta il criterio selettivo indispensabile per individuare i fatti vietati, determinando l’espulsione dal tipo legale della classe dei fatti che, per la loro oggettiva esiguità, sono inidonei a offendere il bene o i beni tutelati”. Questa tesi - avallata dalla Corte costituzionale prima in tema di detenzione di esplosivi e di sostanze stupefacenti e poi di offese al paesaggio e all’ambiente - trova conferma in una recente sentenza della Corte di cassazione (Cass. 7.3.2000, Gajo, in *DPenPr* 2000, 723) proprio in materia di beni culturali: la Corte ha ritenuto priva del “minimo di idoneità offensiva” l’apertura non autorizzata di due piccole nicchie per l’installazione di una centralina Enel nel muro di cinta di un immobile sottoposto a vincolo storico-artistico. La Cassazione conferma la sentenza del pretore che aveva mandato assolti gli imputati osservando tra l’altro che la modestia dell’intervento era tale da escludere in concreto qualsiasi idoneità della condotta a ledere il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Nella sentenza della Cassazione si richiama un orientamento della Corte costituzionale secondo cui “è sempre devoluto al sindacato del giudice penale l’accertamento in concreto dell’offensività specifica della singola condotta”. In altri termini “è sempre necessario, per la configurabilità del reato stesso, che sussista l’offensività specifica della singola condotta in concreto accertata, dal momento che ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest’ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo nella singola condotta dell’agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile”. Nel caso in esame la Corte ha messo in luce come la modestissima consistenza dei lavori effettuati senza la preventiva autorizzazione su un immobile gravato da vincolo storico-artistico era “del tutto inidonea ad arrecare un qualsiasi pregiudizio all’interesse tutelato dalla norma penale”. Recentemente anche Cass. 2.5.2001, Pinarello, in *CP* 2002, II, 3853 ss. con nota di P. TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali e ambientali*. Sull’esigenza di fondare su previsioni legislative espresse - per singole ipotesi di reato - l’irrelevanza penale di classi di

comportamenti solo apparentemente ricompresi entro reati di pericolo astratto, ma così esigui da risultare inidonei a offendere il bene, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del Crs, Milano 1987, 63-64. L'Autore porta a esempio il par. 326 del codice penale tedesco, che introduce una clausola di delimitazione di responsabilità, per il caso che lo scarico di rifiuti pericolosi avvenga in misura così ridotta, da far apparire manifestamente esclusa la possibile verifica di conseguenze dannose.

La tesi dell'esiguità come indice di inoffensività del fatto nei reati di pericolo astratto muove dal necessario rispetto del principio di offensività, della difesa cioè dell'idea del reato come offesa di un bene giuridico. La tesi attribuisce però questo ruolo di difesa alla discrezionalità dell'interprete, al quale spetta spesso il compito di delineare lo stesso concetto di esiguità. L'esiguità può avere un riferimento quantitativo o qualitativo. La valutazione dell'esiguità quantitativa si basa sul numero o sulle dimensioni degli oggetti di valutazione. La valutazione sull'esiguità qualitativa si basa su una determinata scala di valori. Appare condivisibile escludere la presenza del reato quando vi sia uno scarto quantitativo minimo rispetto a una prescrizione legislativa (o amministrativa) che fissi per esempio limiti massimi al possesso legittimo di sostanze pericolose. In casi siffatti peraltro sembra opportuno prevedere (come già accade e ove possibile) sanzioni proporzionali allo scarto quantitativo rispetto al limite superato. Invece il giudizio sull'esiguità qualitativa, quale quello compiuto dalla Cassazione in tema di tutela penale dei beni culturali, viene condotto sulla base dei canoni del pericolo concreto: su questa via l'intera classe dei reati di pericolo astratto per scelta legislativa (e non per motivi oggettivi) rischia di essere resa di fatto inoperante e tramutata in reati di pericolo concreto. Soluzione questa anche auspicabile, data la necessità di far coincidere tipicità e offesa del bene giuridico, ma che dovrebbe essere perlomeno fissata esplicitamente dal legislatore e non apparire come una semplice correzione dell'interprete. La previsione legislativa espressa dell'irrelevanza penale di classi di comportamenti solo apparentemente compresi entro reati di pericolo astratto, ma così esigui da risultare inidonei a offendere il bene, è presente in altri ordinamenti; e in dottrina (Fiandaca) si auspica che il legislatore italiano - in prospettiva di riforma - segua l'esempio di questi correttivi intesi a eliminare il possibile scarto tra pericolo reale e pericolo presunto. Solamente con la diretta responsabilizzazione del legislatore l'esiguità potrà divenire vero e proprio "criterio di politica criminale, e dunque trascendente il sistema positivo, o addirittura a esso immanente, come canone interpretativo per tutte le norme incriminatrici" (Paliero).

Seguendo comunque questo orientamento dottrinale e giurisprudenziale, e con riferimento specifico alla disposizione dell'art. 118 T.U. e ora art. 169 del Codice, il fatto così "esiguo" da risultare inidoneo a offendere il bene si sostanzierebbe in una semplice infrazione formale (comportamento non autorizzato), che rimarrebbe impunita non solo penalmente ma anche sotto il profilo amministrativo, ciò che potrebbe apparire iniquo al cospetto di altre infrazioni egualmente meramente formali (e talora meno gravi) ma sanzionate amministrativamente. Sarebbe pertanto auspicabile, nel quadro di questo orientamento, che in ipotesi come quella per esempio dell'art. 169 del Codice basate sullo schema autorizzativo, e nel caso la violazione assuma alla fine carattere meramente formale e risulti leso solo l'interesse pubblicistico al

E' ricorrente la critica che questa tecnica legislativa non prenderebbe in considerazione immediata i beni culturali ma proteggerebbe piuttosto il sistema amministrativo di gestione e conservazione di essi, valorizzando una tutela penale intesa in funzione sanzionatoria del regime amministrativo dell'autorizzazione, del tutto inadeguata rispetto alle esigenze di difesa effettiva del bene: in altre parole tutelerebbe una funzione e non un bene giuridico. A tale contestazione si deve rispondere che si tratta di tutela anticipata di un vero e proprio bene giuridico e non di tutela di una funzione. Di tutela di una funzione si potrebbe parlare se alla pubblica amministrazione fosse attribuito un compito di governo, di risoluzione di conflitti d'interesse, nel settore dei beni culturali: in questo modo veramente la sanzione penale significherebbe solamente riconoscimento e tutela di una decisione amministrativa. Nel settore dei beni culturali questo non avviene. L'intervento del potere amministrativo nella protezione del bene è di tipo differente da quello che ricorre nei settori ritenuti propri della tutela di funzioni: l'intermediazione della pubblica amministrazione, resa necessaria dai caratteri tecnico-scientifici del bene, non interrompe il rapporto diretto tra fattispecie penale e bene protetto (finale), che è e rimane il patrimonio storico-artistico e non la decisione amministrativa. Essendo i provvedimenti dell'autorità amministrativa per loro natura unicamente volti a salvaguardare, in modo assoluto o con l'indicazione di particolari modalità, il bene culturale, la sanzione penale può ritenersi direttamente tesa alla tutela del bene: il bene giuridico talora rimane

controllo preventivo, il legislatore preveda espressamente la non punibilità dei fatti privi di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati, disponendo l'applicazione di una semplice sanzione amministrativa.

sullo sfondo, ma è per lo meno uno sfondo libero da altri interessi⁶.

L'anticipazione della tutela penale può trovare giustificazione nei seguenti argomenti.

a) La natura e il rango del bene tutelato. Il bene giuridico ha natura *prepositiva*, visto che non si forma attraverso la risoluzione di un conflitto di interessi che a sua volta si esprime in una decisione amministrativa oggetto diretto di tutela, ma preesiste alla norma ed è riconosciuto costituzionalmente. La previsione della tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione è infatti contenuta tra i principi fondamentali della Costituzione (art. 9), anziché costituire solamente esplicazione della funzione sociale della proprietà e dunque quale possibile limite a essa (come avviene p.es. nell'ordinamento spagnolo).

b) Il carattere intrinsecamente pericoloso delle condotte vietate. Esse consistono in attività che richiedono competenze tecniche specifiche; anche laddove tali competenze siano possedute dai privati, le leggi in materia attribuiscono esclusivamente agli organi statali le scelte tecnico-discrezionali.

c) Si tratta di reati propri. I soggetti attivi sono ben edotti della "pericolosità" delle opere: se soggetti privati, in quanto già informati per mezzo della notifica del vincolo; se soggetti pubblici, perché rientra tra i doveri di ufficio la conoscenza della normativa in tema di beni culturali pubblici, che attribuisce interesse culturale alle opere di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga a oltre cinquant'anni in base a una presunzione *ex*

⁶ Nella dottrina tedesca si osserva che un generale divieto di modalità di condotta pericolose è assai meno "drammatico" quando mancano controinteressi che potrebbero giustificare limitazioni al generale divieto. Così B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *GA* 1995, 212.

lege in attesa della verifica di tale interesse (art. 12 co. 1 e 2 CBCP)⁷.

2. *Il concorso con la contravvenzione dell'art. 733 c.p.*

Dalla natura di reato di pericolo astratto discende il possibile concorso tra questa fattispecie e la contravvenzione dell'art. 733 c.p. (Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale)⁸. La tesi del concorso di reati - talvolta negata in giurisprudenza⁹ - è oggi dominante, sulla base delle seguenti considerazioni: a) la struttura delle due fattispecie è differente, in quanto quella dell'art. 118 TU (ora art. 169 CBCP) costituisce un reato di pura condotta mentre quella dell'art. 733 c.p. configura un reato di evento; b) il primo è un reato di pericolo, mentre il secondo è un reato di danno; c) le due fattispecie hanno oggettività giuridica differente¹⁰. In realtà la contravvenzione

⁷ Osserva M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*², I, Milano 1995, 407, che nei reati di pericolo presunto a nulla varrebbe l'allegazione da parte del soggetto di una ritenuta anche totale assenza di offesa concreta, quando tenga un comportamento di cui gli sia nota la contrarietà all'ordinamento: chi conosce (o possa conoscere) l'antigiuridicità del fatto, del quale si rappresenti e voglia gli elementi costitutivi, è già in dolo.

⁸ Il testo dell'articolo 733 c.p., inserito nel titolo dedicato alle "contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione" è il seguente: "Chiunque distrugge, deteriora o comunque danneggia un monumento o una 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 lire quattro milioni. Può essere ordinata la confisca della cosa deteriorata o comunque danneggiata".

⁹ Sulla base di un presunto carattere di specialità dell'art. 59 l. 1089/1939 rispetto all'art. 733 c.p.: Cass. 10.4.1979, Mancinelli, in *FI*, 1981, II, 18.

¹⁰ Dalla natura delle due fattispecie deriva che quella dell'art. 733 c.p. si perfeziona solo quando la condotta dell'agente provochi la distruzione, il deterioramento o il danneggiamento di monumenti o altre cose di pregio rilevante, se dal fatto derivi un nocumento al patrimonio artistico nazionale (nocumento da intendersi come condizione obiettiva di punibilità), mentre il reato di cui all'art. 118 TU (ora art. 169 CBCP), la cui condotta consiste nel

dell'art. 733 c.p. non vale a sanare uno dei fondamentali vizi del sistema di tutela penale dei beni culturali¹¹: la mancanza di una norma che espressamente punisca il danneggiamento di cosa propria vincolata. Infatti la compresenza di troppi requisiti (il rilevante pregio storico-artistico della cosa danneggiata¹², la conoscenza nell'agente del rilevante pregio della cosa e il nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale¹³ ha reso questa fattispecie, secondo Ferrando Mantovani, “una contravvenzione gigante, di rara verificaione pratica”.

3. *Le novità rispetto alla precedente fattispecie dell'art. 118 TU*

Passiamo ora all'esame delle novità rispetto alla precedente fattispecie dell'art. 118 TU.

Nella fattispecie dell'art. 169 lett. *a* CBCP la nota che colora di illiceità le condotte ivi indicate è la mancanza di autorizzazione, mentre è scomparso il riferimento - prima contenuto nell'art.

demolire, rimuovere, modificare o restaurare cose di interesse artistico senza autorizzazione, si perfeziona anche ove non produca concretamente una lesione del patrimonio storico-artistico della nazione. Tra le due ipotesi perciò può esservi concorso formale dal momento che esse regolano due fattispecie diverse che solo parzialmente coincidono. In questo senso Cass. 18.3.1988, Brasi, in *GP* 1989, II, 279; Cass. 27.11.1996, De Donno, in *CP* 1998, 1753; Cass. 29.4.1998, Salogni, *ivi* 1999, 3217.

Sotto il profilo del bene tutelato, in altra sentenza (Cass. 12.5.1993, Cinelli, in *CP* 1995, 556) si afferma che l'oggetto giuridico protetto dalla fattispecie dell'art. 733 c.p. è rappresentato dal “bene-interesse della collettività a godere e fruire di tutto ciò che materialmente attesta la civiltà nazionale nelle varie espressioni culturali di tutte le epoche”.

¹¹ Altro grave difetto è la mancata punizione del danneggiamento colposo.

¹² In realtà l'unico attributo dell'oggetto di tutela è il “rilevante pregio”. Il patrimonio “storico-artistico” è preso in considerazione quale oggetto del nocumento, il quale nocumento rappresenta condizione obiettiva di punibilità.

¹³ Il danno al patrimonio artistico, archeologico, storico nazionale costituisce nella struttura della fattispecie, condizione obiettiva di punibilità. Nella sent. Cass. 8.11.1995, Iannelli, in *RPol* 1997, 38, si precisa che “deve in sostanza verificarsi un nocumento ad un monumento particolarmente significativo o ad una cosa d'antichità e d'arte di eccezionale interesse culturale, unica o rarissima”.

118 lett. *a* TU - alla mancanza di approvazione. La distinzione tra opere per le quali era richiesta l'autorizzazione ministeriale (artt. 21-22 TU) e opere che necessitavano di approvazione del soprintendente (art. 23 TU) era fondata secondo Alibrandi-Ferri sul "criterio degli effetti dell'iniziativa del proprietario sui connotati della cosa rappresentativi del suo valore culturale". Tale distinzione non trovava applicazione nella prassi, dove ci si avvaleva perlopiù del potere di approvazione del soprintendente. Nel codice non si parla più di approvazione, ma ciò non ha significato unificazione di competenze, perché il potere di autorizzazione è diviso tra Ministero e soprintendente in ragione della diversa specie degli interventi da compiere.

La sezione I del capo III si apre con una disposizione (art. 20) la cui ovvietà la rende forse superflua (se non altro perché si tratta di condotte sanzionate nel codice penale), nella parte in cui dichiara che i beni culturali non possono essere distrutti o danneggiati. Ai fini della norma che si commenta è invece decisiva la disposizione dell'art. 21 CBCP che subordina ad autorizzazione del Ministero una serie di interventi, dei quali solo la "demolizione" trova riferimento nella fattispecie penale in esame: nessun cenno nell'art. 21 CBCP alle condotte di "rimozione" e "modifica", mentre la necessità di autorizzazione (del soprintendente) è posta per il restauro tramite il collegamento che l'art. 31 CBCP pone con l'art. 21 CBCP. Il compimento non autorizzato degli altri interventi previsti nell'art. 21 CBCP non risulta essere preso in espressa considerazione. La illogicità di un trattamento diverso porta necessariamente a ritenere tali interventi ricompresi nell'ampia nozione di esecuzione di opere di qualunque genere sempre contenuta nella lett. *a*; peraltro per arrivare a tale necessitata conclusione è indispensabile pretermettere che l'espressione "opere di qualunque genere" che compare anche

nella fattispecie in esame è riferita nell'art. 21 co. 4 CBCP (che si apre con la locuzione “fuori dei casi di cui ai commi precedenti”) al potere autorizzatorio del soprintendente, mentre l'autorizzazione agli interventi di cui alle lett. *b*, *c*, *d* ed *e* è competenza del Ministero.

Da quanto osservato pare potersi desumere che la formula tralattizia della fattispecie penale dell'art. 169 CBCP non sia stata armonizzata con le modifiche intervenute nei precetti connessi (artt. 20 ss. CBCP). Tecnicamente più appropriato sarebbe stato formulare la fattispecie, richiamando chiaramente gli interventi soggetti ad autorizzazione ora previsti nel codice.

Sempre nella lett. *a*, l'altra modifica riguarda l'indicazione dell'oggetto materiale, ora espressa con la formula “beni culturali indicati nell'art. 10” mentre nell'art. 118 TU con quella “beni culturali indicati nell'art. 2, dichiarati, se appartenenti a privati, a norma dell'art. 6”. La fattispecie in esame rappresenta un reato proprio sotto un duplice profilo. Infatti autori possono esserne solo i privati a cui sia stata notificata la dichiarazione dell'interesse culturale del bene, ovvero i rappresentanti degli enti pubblici e delle persone giuridiche private senza fini di lucro. A proposito dei beni privati va ricordato che nel sistema del testo unico la dichiarazione del valore culturale del bene era condizione per l'applicazione delle disposizioni riguardanti la conservazione dei beni (controlli e restauro) e la circolazione in ambito nazionale (alienazione e prelazione). Mentre dunque nel testo unico non si optava in modo espresso e assoluto per un sistema di tutela, nel codice si sceglie e si adotta un sistema di tutela del patrimonio culturale dichiarato, cioè si circoscrive la tutela dei beni di proprietà privata solo a quelli il cui valore culturale è oggetto di previa dichiarazione. In realtà il codice dice ancora di più: non discorre di applicabilità delle norme, ma vuole fornire

una definizione. Pertanto la dichiarazione attribuisce la qualifica di beni culturali alle “cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1” (art. 10 co. 3 CBCP): se non venissero dichiarati tali dall’autorità amministrativa competente, quelli privati non sarebbero beni culturali ai fini delle disposizioni del codice. Peraltro, questa che sembrerebbe una diversa impostazione sistematica non è sempre applicata conseguentemente: infatti quello che nel testo unico rappresentava il principale campo di applicazione del sistema di tutela del patrimonio culturale reale, cioè l’esportazione illecita, è ancora tale nel codice.

Si può dunque affermare che la fattispecie della lett. *a* è posta a tutela del patrimonio culturale dichiarato per i beni di proprietà privata (art. 10 CBCP) e a salvaguardia del patrimonio culturale presunto e di quello verificato per i beni di appartenenza pubblica (artt. 10 e 12 CBCP). Sotto il profilo penale il nuovo sistema di identificazione dei beni culturali di appartenenza pubblica è da valutare positivamente. Nel sistema del testo unico (e della l. 1089/1939) le cose di interesse culturale appartenenti agli enti pubblici erano sottoposte a vincolo *ope legis*, in forza del loro semplice interesse culturale e della loro appartenenza, senza che fosse necessaria alcuna dichiarazione: proprio per evitare di incorrere nel reato di “opere illecite” era frequente da parte dei rappresentanti degli enti pubblici richiedere alle soprintendenze - prima di effettuare interventi - l’accertamento dell’eventuale carattere culturale del bene sul quale si intendeva intervenire. In particolare negli ultimi anni, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato era emerso un orientamento favorevole alla necessità, anche in relazione ai beni pubblici, di un atto costitutivo di riconoscimento statale del carattere culturale del bene, per evitare

forme di automatismo tra vetustà e culturalità. Sotto il profilo penale un tale riconoscimento era da ritenere indispensabile, perché presupposto necessario per l'accertamento del fatto tipico e dell'offesa al bene giuridico tutelato. Con la previsione dell'essenzialità della verifica del valore culturale (art. 12 CBCP), il sistema instaurato dal codice introduce perlomeno un elemento di certezza in un ambito intriso di fattispecie di pericolo astratto.

La fattispecie dell'art. 169 lett. *b* CBCP riproduce fedelmente quella del testo unico. Essa è rivolta alla tutela di una specifica categoria di beni culturali, prevista nell'art. 11 lett. *a*, qualificati dall'attributo dell'ornamentalità. Il reato si sostanzia nella violazione dell'obbligo posto dall'art. 50 CBCP ("Distacco di beni culturali"). Così come accadeva con il testo unico, per la tipologia di beni culturali descritta nell'art. 169 lett. *b* CBCP non è prevista né verifica (quando siano di appartenenza pubblica) né dichiarazione (quando siano di proprietà privata): siamo in presenza di un caso di tutela del patrimonio culturale reale.

Negli stessi termini della precedente fattispecie della lett. *a* deve ritenersi reato proprio quella di cui alla lett. *c*, che si riferisce all'esecuzione di lavori provvisori indispensabili senza contestuale comunicazione al soprintendente. La violazione si riferisce al precetto ora posto nell'art. 27 CBCP ("Situazioni di urgenza").

Nel secondo comma dell'art. 169 C CBCP si punisce l'inservanza di un particolare ordine dell'autorità amministrativa. La fattispecie è costruita nell'identico modo di quella del testo unico: muta qualcosa però nel precetto di riferimento. L'art. 28 CBCP prevede l'ordine di sospensione da parte del soprintendente di interventi non autorizzati o non conformi all'autorizzazione su beni culturali. Si tratta di un reato proprio, dato che autore ne può essere solo colui al quale sia stato impartito

l'ordine di sospensione dei lavori. Considerato che tale ordine può essere impartito anche a chi esegua lavori su beni non verificati o dichiarati, a condizione che nei trenta giorni successivi venga avviato il procedimento di verifica o di dichiarazione, la norma del secondo comma dell'art. 169 CBCP è posta a tutela del patrimonio culturale presunto (per i beni pubblici) o reale (per i beni privati) e non solo di quello verificato o dichiarato. La novità letterale contenuta nel secondo comma dell'art. 28 CBCP rispetto all'omologo art. 28 TU deriva dalla nuova disciplina di identificazione dei beni culturali di appartenenza pubblica, per i quali vige - come già osservato più volte - una presunzione di culturalità fino alla verifica nelle forme previste nell'art. 12 CBCP.

L'ordine di sospensione dei lavori è un provvedimento amministrativo che presuppone le condotte descritte nel primo comma dello stesso articolo: pertanto la sanzione per l'inosservanza dell'ordine si aggiunge a quella per la punizione delle condotte stesse. In caso di offesa di danno può pertanto verificarsi l'applicazione congiunta di tre o quattro sanzioni: quella prevista per il danneggiamento (se del caso art. 733 c.p.), quella prevista per la mancata autorizzazione all'intervento (art. 169 co. 1 CBCP), quella per l'inosservanza dell'ordine di sospensione dei lavori (art. 169 co. 2 CBCP) e infine l'ordine di reintegrazione ora contemplato nell'art. 160 CBCP.

4. La proliferazione di fattispecie e l'eccesso di previsione casistica

La proliferazione di fattispecie e l'eccesso di previsione casistica continuano pertanto a costituire vizi fondamentali - già evidenziati da Moccia - del sistema di tutela. Tenendo conto dell'intero complesso normativo, appare arduo sostenere che ogni sin-

golo fatto incriminato rechi un autonomo e reale disvalore e che l'applicazione congiunta di tutte le fattispecie non porti a un rigore sanzionatorio eccessivo¹⁴. *De iure condito* sembra tuttora consigliabile applicare il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale (dell'assorbimento), per evitare di addossare più volte lo stesso fatto all'autore. La tendenza contraria della giurisprudenza, incline all'applicazione del concorso di reati, potrebbe forse trovare giustificazione nel fatto che la fattispecie più grave non contiene una sanzione adeguata a fissare anche il disvalore dei reati meno gravi. In tema di beni culturali questa pecca del legislatore appare evidente. *De iure condendo* si riconferma la necessità di creazione di una autonoma fattispecie di danneggiamento di beni culturali propri o altrui, che preveda la circostanza aggravante della violazione degli obblighi di conservazione spettanti ai privati detentori di beni dichiarati o ai rappresentanti di enti pubblici o di enti privati senza fini di lucro; la particolare qualifica del soggetto attivo potrebbe poi portare anche alla introduzione di una ipotesi autonoma, e non aggravata, di reato proprio. Si potrà discutere infine se mantenere come illeciti penali le fattispecie di pericolo astratto, mentre da assegnare certamente all'illecito amministrativo sarà la semplice violazione degli obblighi legati al regime giuridico dell'autorizzazione.

¹⁴ Si pensi al caso di chi, proprietario di un immobile vincolato, lo danneggi (art. 733 c.p.), effettuando modificazioni non autorizzate all'interno di esso (art. 169 co. 1 CBCP), per un uso illecito, cioè incompatibile con il suo interesse storico-artistico e/o pericoloso per la sua conservazione (art. 170 CBCP) quale potrebbe essere un locale notturno, e affigga poi all'esterno un'insegna pubblicitaria (art. 162 CBCP), e magari non abbia osservato l'ordine di sospensione dei lavori impartito dal soprintendente (art. 169 co. 2 CBCP). La congerie di norme applicabili a vicende di questo tipo, peraltro non infrequenti, rende difficile il compito dell'interprete e illogica qualsiasi soluzione.

7) Violazioni in tema di alienazione

Alle violazioni in tema di alienazione il codice dei beni culturali e del paesaggio dedica due disposizioni, le prima nel titolo dedicato alle sanzioni amministrative, la seconda in quello relativo alle sanzioni penali. Si ritiene utile commentare anche la prima, per fornire un quadro complessivo della disciplina sanzionatoria dell'alienazione di beni culturali.

Art. 164

Violazioni in atti giuridici

Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli.

Resta salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'articolo 61, comma 2.

1. Le peculiarità di questa “sanzione civile concorrente”

Nonostante sia ricompresa nel titolo dedicato alle sanzioni amministrative, la nullità delle alienazioni, delle convenzioni e in generale degli atti giuridici compiuti in violazione delle disposizioni del titolo I della parte seconda (dedicata ai beni culturali), rappresenta una “sanzione civile concorrente”.

La sanzione prevista nell'art. 164 CBCP sembra presentare i caratteri della nullità quale prevista nel codice civile: un normale caso di invalidità del negozio per contrarietà a norme imperative (art. 1418 co. 1 Cc), in particolare di nullità per illiceità della causa.

La nullità si ritiene comunemente - ha tuttavia carattere relativo. Mentre secondo le regole generali il negozio nullo è im-

produttivo di effetti, in questo caso un effetto (e di non poco conto) si produce: l'attribuzione al Ministero (ma non solo, anche a Regioni, province e comuni) della facoltà di esercitare la prelazione¹⁵, in relazione a un contratto nullo del quale si perpetua la volontà dell'alienante di vendere e il prezzo pattuito per la vendita. La nullità dunque non può essere fatta valere da chiunque, perché ciò pregiudicherebbe la possibilità per lo Stato di esercitare la prelazione sul bene oggetto del contratto dichiarato nullo in sede giurisdizionale.

Le peculiarità di questa misura - enfaticamente denominata "nullità" - sono rese più efficacemente definendola genericamente come un caso particolare di inopponibilità del negozio, stabilita dalla legge a favore dello Stato (ma ora anche degli enti locali), rappresentante degli interessi generali in materia di beni culturali.

All'esercizio del diritto di prelazione non deve essere attribuito un carattere sanzionatorio: esso rappresenta, secondo le regole generali, l'esercizio di una facoltà conferita *ex lege*. Le valutazioni dell'amministrazione nell'esercitare o meno questa facoltà sono le stesse che compirebbe se l'atto fosse stato presentato validamente nei termini o già completo, senza che assuma rilevanza in tale decisione l'avvenuta violazione: rimane una valutazione tecnicodiscrezionale (e in concreto spesso dipendente dalla situazione finanziaria dell'ente che voglia esercitare la prelazione).

¹⁵ Ai sensi dell'art. 61 co. 2 CBCP entro centottanta giorni dal momento del ricevimento della denuncia tardiva o dall'acquisizione di tutti gli elementi della stessa qualora sia stata presentata incompleta.

2. L'eccessivo rigore sanzionatorio per le violazioni in tema di alienazione di beni culturali

Le sanzioni per la violazione delle disposizioni in tema di alienazione di beni culturali privati sono rigidissime: la sanzione civile della nullità ex art. 164 CBCP concorre con la sanzione penale della reclusione fino a un anno e della multa da euro 1.549,50 a euro 77.469 comminata per il delitto di cui all'art. 173 CBCP.

Per constatare l'illogicità della scelta perpetuata è sufficiente una breve descrizione della natura e dell'entità dell'offesa.

Prima dell'emanazione del codice, la norma sulla nullità (come quella sul delitto) si inseriva in un contesto (quello della l. 1089/1939 confermato dal testo unico), almeno in questo settore, differente e che ne consentiva un'applicazione coerente. La sanzione della nullità si applicava concretamente solo all'ipotesi di mancata denuncia (visto che la l. 1089/1939 non prevedeva un termine per tale adempimento) e dunque alla violazione più grave. L'esercizio della prelazione, poi, era di esclusivo appannaggio dello Stato e non prevedeva il coinvolgimento degli enti locali. Nel sistema attuale viene sanzionata anche la denuncia tardiva e l'esercizio della prelazione è facoltà anche degli enti locali.

Acclarato che la denuncia ha lo scopo di garantire la conoscenza della titolarità del bene culturale e consentire l'esercizio del diritto di prelazione, si ipotizzino ora i casi più frequenti e meno gravi, quelli della presentazione di una denuncia tardiva (e tale sarebbe anche quella notificata qualche giorno dopo la scadenza del termine) o incompleta (e cioè mancante di taluni elementi). In tali casi il Ministero dovrebbe coordinare il proprio diritto di prelazione con quello degli enti locali, spedendo a questi l'atto (nullo) e attendere i centottanta giorni previsti. Alla fine di

tale procedura le finalità cui dovrebbe tendere la denuncia sono raggiunte: a) il Ministero conosce l'identità del titolare attuale del bene e nei suoi confronti può esercitare i propri poteri di controllo, vigilanza e imposizione; b) il bene è "offerto" agli enti rappresentanti la collettività perché questi valutino l'opportunità di destinarlo al pubblico godimento. Se la prelazione non viene esercitata (come nella stragrande maggioranza dei casi, oltre che per le scarse disponibilità finanziarie, anche per la natura dei beni culturali, spesso appartamenti in palazzi storici), la nullità dell'atto tra le parti non risponderebbe pertanto ad alcun interesse pubblico e le sanzioni penali conseguirebbero a comportamenti inoffensivi.

Meglio rispondente pertanto alla natura e all'intensità della possibile offesa sarebbe la previsione di una semplice sanzione amministrativa pecuniaria accompagnata dalla possibilità per lo Stato di esercitare sempre e comunque la prelazione.

Art. 173

Violazioni in materia di alienazione

E' punito con la reclusione fino ad un anno e la multa da euro 1.549,50 a euro 77.469:

a) chiunque, senza la prescritta autorizzazione, aliena i beni culturali indicati negli articoli 55 e 56;

b) chiunque, essendovi tenuto, non presenta, nel termine indicato all'articolo 59, comma 2, la denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione di beni culturali;

c) l'alienante di un bene culturale soggetto a diritto di prelazione che effettua la consegna della cosa in pendenza del termine previsto dall'articolo 61, comma 1.

1. L'alienazione non autorizzata di beni culturali di appartenenza pubblica

In materia di alienazione di beni culturali, il nuovo codice ribadisce il rigido trattamento sanzionatorio già riservato nel testo unico.

Nella disposizione in esame si prevedono tre differenti delitti.

La fattispecie di cui alla lett. *a* punisce il mancato rispetto delle procedure (*id est* richiesta di autorizzazione) in tema di alienabilità: 1) di beni appartenenti al demanio culturale; 2) di beni culturali diversi da quelli demaniali appartenenti allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali; 3) di beni culturali appartenenti a soggetti pubblici diversi da quelli territoriali o a persone giuridiche private senza fine di lucro. Si tratta di violazioni in un settore incisivamente riformato dal codice. La funzione dell'autorizzazione è accertare che l'alienazione non nuoccia alla tutela e alla valorizzazione dei beni, e comunque non ne pregiudichi il pubblico godimento; a tal fine nel provvedimento di autorizzazione sono indicate le destinazioni d'uso compatibili con il carattere storico e artistico degli immobili e tali da non recare danno alla loro conservazione (art. 55 co. 2 CBCP). Quello previsto nell'art. 173 lett. *a* CBCP è pertanto un reato di pericolo astratto: il bene tutelato è l'interesse pubblico alla tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali, che si ritiene astrattamente posto in pericolo da un'alienazione non autorizzata. *Ratio* della norma è riservare al Ministero per i beni e le attività culturali il controllo sulla sorte di quei beni culturali (pubblici) che sfuggono alla regola della inalienabilità (art. 54 CBCP).

La previsione in termini di delitto della violazione della disciplina sull'alienabilità dei beni culturali pubblici rappresenta

uno dei tanti casi di rafforzamento della effettività della normativa amministrativa.

2. *La mancata denuncia dell'alienazione di beni culturali di proprietà privata: irrealtà della fattispecie*

Grande impatto pratico ha sempre avuto la fattispecie del secondo comma, che ripete puntualmente quella del testo unico (art. 122 lett. *b*).

E' necessario preliminarmente precisare quali sono le finalità della denuncia per verificare se appaia giustificata la rilevanza penale della sua omissione. A tale scopo è utile distinguere tra beni culturali mobili e immobili.

Per i beni mobili, la finalità cui risponde la denuncia dovrebbe essere l'interesse dello Stato a evitare la dispersione del bene culturale: in relazione a tale oggetto di protezione, la conoscenza dell'esatta ubicazione del bene e del titolare degli obblighi di conservazione rappresenta interesse strumentale messo (astrattamente) in pericolo dalla violazione delle disposizioni in tema di alienazione. Come già osservato, la non rintracciabilità del bene per effetto della violazione degli obblighi stabiliti dalle disposizioni in tema di alienazione e altri modi di trasmissione (sezione I del Capo IV) comporta l'applicazione della sanzione amministrativa della corresponsione allo Stato di una somma pari al valore del bene perduto (art. 163 CBCP). Si desume da ciò che la presenza del danno (la non rintracciabilità del bene) rappresenta un disvalore aggiuntivo che richiede l'irrogazione anche della sanzione amministrativa, ma sotto il profilo dell'integrazione della fattispecie penale è indifferente che il pericolo astratto rimanga tale o la condotta cagioni l'evento dannoso.

Con riferimento all'ipotesi più frequente nella pratica, cioè la vendita di beni immobili vincolati, essendo impossibile la loro

dispersione, dovrebbe assumere rilevanza un differente profilo di rischio, giacché l'omessa denuncia impedirebbe allo Stato di avere conoscenza del titolare (del bene e) degli obblighi di protezione e di conservazione e l'omessa denuncia impedirebbe di esercitare - nel caso di alienazioni a titolo oneroso - la prelazione¹⁶.

Ora, se le finalità della denuncia paiono giustificabili e rispondere a una esigenza pratica con riferimento al settore assolutamente marginale dell'alienazione di beni mobili, così non è rispetto ai beni immobili.

Quanto alla possibilità per lo Stato di avere conoscenza del titolare del bene, in concreto la Soprintendenza può facilmente conoscere il nuovo proprietario e acquisire comunque le informazioni di cui alla denuncia attivando gli stessi strumenti di ricerca dei proprietari che utilizza al momento dell'avvio del procedimento di vincolo, cioè attraverso il potere ispettivo, la collaborazione dei comuni e i controlli informatici diretti con la Conservatoria.

L'ipotesi più frequente è che la denuncia sia fatta in ritardo, spesso a causa della brevità del termine di denuncia rispetto alle formalità connesse alla stipula dell'atto. Questo fatto che pure concreterebbe il delitto in esame non provoca alcun danno, in quanto alla denuncia tardiva consegue comunque l'avvio del procedimento di prelazione a vantaggio di Stato, Regioni, province e comuni. In definitiva si viene a conoscenza del reato perché lo dichiara lo stesso autore, con ciò dimostrando la propria mancanza di dolo. Inoltre l'autore potrebbe essere assolto per assenza

¹⁶ Il rischio che dall'omissione di denuncia derivi la mancata conoscenza nell'acquirente degli obblighi di conservazione gravanti sul bene, la possibile violazione di essi e il conseguente danneggiamento del bene, è escluso in radice dal fatto che il vincolo è trascritto su richiesta dell'Amministrazione nei pubblici registri immobiliari.

di colpevolezza, quando la eventuale *ignorantia legis* trovi fonte nella mancata informazione da parte di un organo qualificato come il notaio.

Parimenti a conseguenze penalmente illogiche potrebbe portare l'applicazione del dettato del quinto comma dell'art. 59 CBCP che considera - non avvenuta - la denuncia priva delle indicazioni previste dal comma 4 o con indicazioni incomplete o imprecise. Ritenere integrato il delitto in simili casi appare davvero eccessivo. E' infatti troppa la sproporzione tra la sanzione e un'offesa che rimane solo ipotetica e che concretamente non si verifica mai: viene punito troppo severamente il mancato rispetto di un onere, per il quale sarebbe stata congrua una semplice sanzione amministrativa. E' plausibile ritenere che la "irrealità" della fattispecie si convertirà in una cifra nera altissima.

3. *La consegna del bene in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione: l'esclusione di responsabilità dell'acquirente*

Il delitto di cui alla lett. c - consegna del bene in pendenza del termine di sessanta giorni per l'esercizio della prelazione - è conseguenza del fatto che il contratto non spiega gli effetti suoi propri sino a quando non sia realizzata la condizione sospensiva prevista: il mancato esercizio della prelazione rappresenta una *condicio juris* (negativa). In questa fase, nella quale si paralizzano gli effetti del contratto, la consegna della cosa (e dunque l'immissione nel possesso) è vietata dal quarto comma dell'art. 61 CBCP e punita con le sanzioni dell'articolo in esame.

Mentre l'art. 58 TU indicava tra gli elementi della denuncia i dati identificativi dell'alienante e dell'acquirente, l'art. 59 co. 4 CBCP prevede ora la necessità della sottoscrizione delle parti. Anche questo fatto contribuisce a rendere immotivata - pur in un contesto da rimeditare nell'ottica della depenalizzazione - l'e-

esclusione di responsabilità dell'acquirente e la punibilità del solo alienante.

8) I reati in materia di ricerche archeologiche e l'impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato

Art. 175

Violazioni in materia di ricerche archeologiche

E' punito con l'arresto fino ad un anno e l'ammenda da euro 310 a euro 3.099:

a) chiunque esegue ricerche archeologiche o, in genere, opere per il ritrovamento di cose indicate all'articolo 10 senza concessione, ovvero non osserva le prescrizioni date dall'amministrazione;

b) chiunque, essendovi tenuto, non denuncia nel termine prescritto dall'articolo 90, comma 1, le cose indicate nell'articolo 10 rinvenute fortuitamente o non provvede alla loro conservazione temporanea.

1. Il principio della riserva allo Stato dell'attività di ricerca di beni culturali

La disposizione del primo comma - "ricerche archeologiche abusive" - presuppone la scelta di fondo di riservare in esclusiva allo Stato l'effettuazione di ricerche archeologiche e in genere di opere per il ritrovamento di beni culturali. Questa regola, già adottata nella l. 364/1909 e poi confermata nella l. 1089/1939 e nel testo unico viene ripetuta anche nel codice (art. 88)¹⁷. L'attribuzione del potere unicamente allo Stato (al Mini-

¹⁷ "Art. 88. Attività di ricerca.

1. Le ricerche archeologiche e, in genere, le opere per il ritrovamento delle cose indicate all'articolo 10 in qualunque parte del territorio nazionale sono riservate al Ministero.

stero) deriva non solo dall'esigenza (preventiva) di evitare l'illecita appropriazione dei beni ritrovati, ma anche dalle caratteristiche tecniche dell'attività di ricerca: è necessario in primo luogo che le operazioni di ricerca rientrino in un quadro programmato e siano condotte secondo metodologie scientifiche che garantiscano l'integrità dell'oggetto del possibile ritrovamento; inoltre il prelevamento senza controllo del reperto nuoce all'analisi scientifica, poiché esso, avulso dal contesto originario, può perdere gran parte dei dati di cui è portatore. L'Amministrazione pubblica può trasferire ad altri soggetti pubblici o privati la facoltà di effettuare ricerche: l'attività di tali soggetti deve però svolgersi entro confini e seguendo prescrizioni dettagliatamente impartite dal provvedimento del Ministero, che ha poteri di revoca e sostituzione (art. 89 CBCP). L'inosservanza delle prescrizioni contenute nella concessione di ricerca rappresenta la seconda sottofattispecie contenuta nel primo comma dell'articolo in esame.

Nell'art. 175 lett. *a* CBCP sono contenute due condotte alternative, in quanto la concessione di ricerca deve essere assente nella prima ipotesi (ricerche abusive) e invece presente nella seconda (inosservanza delle prescrizioni della concessione). Entrambe le sottofattispecie riproducono la struttura classica dei reati di pericolo astratto, a nulla rilevando le circostanze che di fatto (in concreto) possono escludere l'effettività del pericolo per il bene tutelato, come per esempio l'effettuazione di ricerche se-

2. Il Ministero può ordinare l'occupazione temporanea degli immobili ove devono eseguirsi le ricerche o le opere di cui al comma 1.

3. Il proprietario dell'immobile ha diritto ad un'indennità per l'occupazione, determinata secondo le modalità stabilite dalle disposizioni generali in materia di espropriazione per pubblica utilità. L'indennità può essere corrisposta in denaro o, a richiesta del proprietario, mediante rilascio delle cose ritrovate o di parte di esse, quando non interessino le raccolte dello Stato".

L'unica modifica rispetto a testo precedente riguarda il riferimento della riserva al "Ministero" anziché allo "Stato".

condo metodologie che salvaguardano l'integrità degli oggetti ricercati oppure la mancanza di ritrovamento dei beni ricercati. L'adozione della tecnica del pericolo astratto (di dispersione e/o di danneggiamento) è da approvare. Con riferimento al rischio di dispersione, la possibilità di scollamento tra astrazione e realtà è assai scarsa, in quanto trattasi di fattispecie (reato-mezzo) preordinata all'impossessamento (reato-fine) dei beni culturali ritrovati. Riguardo al rischio di danneggiamento, l'esecuzione di ricerche archeologiche, o in genere di opere per il ritrovamento di beni culturali, in mancanza di concessione o in violazione della concessione, rientra in quell'area di "rischio giuridicamente rilevante" e pertanto non consentito, alla quale appartengono le fattispecie di pericolo astratto¹⁸.

2. *Il rinvenimento fortuito di beni culturali quale fatto generatore di obblighi e diritti*

Chi scopre fortuitamente beni culturali si trova in una situazione da cui derivano particolari doveri, il cui adempimento è condizione per avere il premio di rinvenimento e la cui violazione costituisce il reato previsto nell'art. 175 lett. *b* CBCP. Gli obblighi del fortuito scopritore sono elencati nell'art. 90 CBCP, a cui fa rimando l'art. 175 CBCP e sono: la denuncia della sco-

¹⁸ A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *RIDPP* 1995, 1098-1099, indica come parametri di concretizzazione di questa area di "rischio giuridicamente rilevante" i seguenti: a) la "frequenza", cioè l'incidenza ripetitiva del rapporto causale: tale indice di probabilità, da misurarsi attraverso regole scientifiche o massime di esperienza, si rivela decisivo in quanto una statistica sfavorevole comporterà l'assorbimento dell'azione "sospetta" nell'ambito del rischio rilevante; b) la "utilità sociale" dell'azione fonte di pericolo: "la maggiore tollerabilità è una diretta e logica conseguenza del vantaggio sociale insito nell'espletamento dell'attività"; c) la "specie" dei possibili rischi. Fra questi tre parametri, di immediata applicazione nel settore dei beni culturali sono a) il parametro della frequenza del rischio, data l'alta probabilità del ripetersi di effetti dannosi dai fattori causali, e b) il parametro della gravità della tipologia di danno, in ragione della particolare natura dei beni appartenenti al patrimonio storico-artistico.

perta delle cose immobili e mobili indicate nell'art. 10 CBCP entro ventiquattro ore al soprintendente o al sindaco ovvero all'autorità di pubblica sicurezza e la conservazione temporanea di esse, lasciandole nelle condizioni e nel luogo in cui sono state rinvenute¹⁹.

Le cose immobili e mobili la cui scoperta è obbligo denunciare sono indicate attraverso il richiamo dell'art. 10 CBCP, nel quale è posta una differenziazione del grado di interesse (semplice, particolare o eccezionale) a seconda della natura dei beni e della loro appartenenza pubblica o privata. Questa distinzione - che porrebbe problemi in tema di errore - non vale a proposito dell'obbligo di denuncia, che deve ritenersi riferito a tutte indistintamente le cose mobili o immobili aventi un interesse culturale: oggetto di tutela è infatti l'interesse dello Stato a essere informato e, data la regola dell'appartenenza statale dei beni ritrovati, è comunque di grado semplice l'interesse che connota i beni culturali pubblici (art. 10 co. 1 CBCP).

Nell'art. 175 lett. *b* CBCP sono contenute due distinte contravvenzioni, entrambe di tipo omissivo e di pericolo astratto, la prima costituita dall'omessa denuncia e la seconda dall'omessa conservazione temporanea²⁰. Le due ipotesi hanno lo stesso pre-

¹⁹ "Art. 90. Scoperte fortuite.

Chi scopre fortuitamente cose immobili o mobili indicate nell'articolo 10 ne fa denuncia entro ventiquattro ore al soprintendente o al sindaco ovvero all'autorità di pubblica sicurezza e provvede alla conservazione temporanea di esse, lasciandole nelle condizioni e nel luogo in cui sono state rinvenute.

Ove si tratti di cose mobili delle quali non si possa altrimenti assicurare la custodia, lo scopritore ha facoltà di rimuoverle per meglio garantirne la sicurezza e la conservazione sino alla visita dell'autorità competente e, ove occorra, di chiedere l'ausilio della forza pubblica.

Agli obblighi di conservazione e custodia previsti nei commi 1 e 2 è soggetto ogni detentore di cose scoperte fortuitamente.

Le spese sostenute per la custodia e rimozione sono rimborsate dal Ministero".

²⁰ Si noti l'uso di una tecnica di legiferazione non corretta: due condotte di contenuto negativo legate da congiunzione disgiuntiva.

supposto, la scoperta fortuita, ma costituiscono violazione di due diversi obblighi e concorrono pertanto tra loro. Oltre a poter essere commesse da soggetti diversi - si ricordi che agli obblighi di conservazione è tenuto ogni detentore e non il solo scopritore (art. 90 co. 3 CBCP) - alla stessa persona può essere imputata la violazione sia del primo che del secondo obbligo, ovvero la violazione del primo senza la violazione del secondo o la violazione del secondo senza la violazione del primo.

L'art. 175 lett. *b* CBCP punisce l'omessa denuncia e l'omessa conservazione temporanea, ma essendo reato di pericolo astratto non considera gli eventi che possono derivare da tali omissioni²¹. Come è noto, anche in relazione a fattispecie omissive proprie, come p. es. quella dell'art. 677 c.p., possono sorgere obblighi di garanzia penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Si può ipotizzare pertanto che gli obblighi di denuncia, conservazione e custodia che gravano sul fortuito scopritore diano vita a una posizione di garanzia (di protezione): pertanto la distruzione e la dispersione dei beni scoperti fortuitamente rappresenterebbero eventi addebitabili a questo soggetto se conseguenza di un suo mancato attivarsi, considerata l'impossibilità da parte del titolare (lo Stato, ex art. 91 CBCP) di salvaguardarne immediatamente l'integrità. In virtù della sua posizione il titolare degli obblighi di denuncia, conservazione e custodia potrebbe dunque rispondere ex artt. 176 CBCP (impossessamen-

²¹ L'eventuale verificarsi di un evento di danno è preso in considerazione dal già commentato art. 161, che prevede l'applicazione delle misure dell'art. 160 (*Ordine di reintegrazione*) anche a chi cagiona un danno alle cose ritrovate, trasgredendo agli obblighi indicati agli articoli 89 e 90. Così come si è visto accadere per l'articolo 160, anche la disposizione dell'art. 161 ha un importante significato sistematico, in quanto dimostra che la presenza di un danno è conseguenza solo eventuale della trasgressione degli obblighi e rappresenta la chiave interpretativa per assegnare natura di fattispecie di pericolo astratto alla disposizione penale in esame.

to illecito di beni culturali appartenenti allo Stato) e 635 co. 2 n. 3 c.p. (danneggiamento aggravato)²².

Il reato di omessa denuncia di beni culturali ritrovati fortuitamente - ipotesi rilevante e frequente - è perfettamente compatibile con il principio costituzionale di offensività: infatti la “pregnanza” della situazione tipica, nella quale l’obbligo di attivarsi ha per presupposto una realtà materiale o sociale immediatamente percepibile dal soggetto, indipendentemente dalla conoscenza che egli abbia dell’obbligo giuridico di denuncia, non solo semplifica l’accertamento della colpevolezza, ma ancor prima permette di accettare la configurazione della fattispecie in termini di pericolo astratto. Questo reato rientra tra quelli nei quali il rapporto tra omissione e offesa emerge con chiarezza dalla struttura della fattispecie legale: infatti si reprime il mantenimento di una situazione di pericolo, involontariamente creata, ma che si ha obbligo di rimuovere, denunciando il fortuito rinvenimento all’autorità competente e provvedendo alla conservazione temporanea.

Infine la natura contravvenzionale permette la punibilità anche dei comportamenti colposi, frequenti nella pratica²³.

²² Ove dalla condotta omissiva prevista nell’art. 677 c.p. scaturiscano eventi lesivi della vita o della integrità fisica di comuni passanti, il proprietario potrà perciò essere chiamato a rispondere non solo ai sensi dell’art. 677 c.p., ma anche di omicidio o lesioni realizzate mediante omissione (colposa). Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2001, 550

²³ In giurisprudenza si ritiene sufficiente la colpa in relazione alla qualità della cosa, cioè che sia comunque possibile avvertire un obiettivo interesse culturale del bene, indipendentemente dal pregio più o meno rilevante. In questi termini - tra le tante in tema di omessa denuncia di ritrovamento - Cass. 5.5.1997, Leonelli, in *GP* 1998, II, 292.

Art. 176

Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato

Chiunque si impossessa di beni culturali indicati nell'articolo 10 appartenenti allo Stato ai sensi dell'articolo 91 è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 31 a euro 516, 50.

La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 103 a euro 1.033 se il fatto è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dall'articolo 89.

1. La premessa sistematica e l'ambito di operatività della fattispecie

La disposizione ha come premessa sistematica la scelta di attribuire allo Stato l'appartenenza dei beni culturali ritrovati. Questa scelta, compiuta con la l. 364/1909, è sempre stata confermata nelle successive leggi²⁴. Ora anche il codice afferma all'art. 91 che "Le cose indicate nell'art. 10, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile, ai sensi degli artt. 822 e 826 del codice civile"²⁵. Si è pertanto deciso di non dare seguito alle numerose iniziative legislative

²⁴ Con riferimento alla l. 1089/1939 - ma la situazione non è mutata né con il testo unico né con il nuovo codice - M.S. GIANNINI, *Disciplina della ricerca e della circolazione delle cose d'interesse archeologico*, in AA.VV., *Tecnica e diritto nei problemi della odierna archeologia*, a cura del CNR, Roma 1964, 234 ss., riteneva la legislazione forse già vecchia al momento della sua emanazione e affermava l'importanza di stabilire non tanto che le cose archeologiche ritrovate "sono dello Stato" quanto piuttosto che esse "sono a disposizione dello Stato"

²⁵ Rispetto alle precedenti, la disposizione del codice si segnala per l'opportuna precisazione che la disciplina si applica anche ai ritrovamenti sui fondali marini.

degli ultimi anni per modificare il regime dell'appartenenza dei beni culturali ritrovati²⁶.

Nonostante l'aggiunta, rispetto al precedente art. 88 T.U., dell'espressione (corrispondente a quella dell'art. 826 c.c.), riferita alle cose, "da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo", la disciplina non deve ritenersi mutata. Pur comprendendo le difficoltà interpretative cui questa modifica potrebbe portare (e che già stanno emergendo), la disposizione in commento deve essere interpretata - sembrerebbe superfluo dirlo - secondo la sua *ratio*, che incontestabilmente è il riconoscimento della proprietà statale del patrimonio culturale incognito. Vale ancora quanto Massimo Severo Giannini affermava già nel 1964 (perché anche allora il problema si era posto), e cioè che "sottosuolo" è termine da assumere in senso lato, comprensivo di costruzioni sopra il suolo: prevale cioè "il fatto del ritrovamento su quello del luogo di ritrovamento". A parte i problemi di diritto intertemporale che una innovazione porterebbe e a parte l'assurdo che sarebbe punita un'attività prodromica (le ricerche) e non anche l'impossessamento dei beni culturali poi ritrovati sopra il suolo, è da rammentare sempre l'insegnamento di un maestro del diritto penale, Giorgio Marinucci, secondo cui è il criterio dell'offesa del bene giuridico l'indispensabile criterio selettivo dei fatti da punire. Anche e a maggior ragione - mi permetto di aggiungere - quando la lettera della legge appare illogica e/o contraddittoria.

²⁶ In Francia è recentemente entrata in vigore la *Loi relative au service public de l'archéologie préventive*, che fra l'altro prevede l'attribuzione allo Stato per fini di ricerca scientifica di un mero diritto di custodia per una durata massima di cinque anni delle vestigia mobiliari ritrovate nel sottosuolo, la cui proprietà viene invece attribuita ai rinventori, e con riferimento alle vestigia immobiliari la possibilità di ricompensa agli scopritori, da abbinare eventualmente allo sfruttamento commerciale.

L'ambito di operatività della fattispecie è segnato dal richiamo all'art. 91 CBCP, disposizione inserita nella sezione dedicata alle ricerche e ai rinvenimenti fortuiti. Presupposto della condotta di impossessamento è l'avvenuto ritrovamento della cosa in seguito o a ricerche date in concessione (art. 89 CBCP) o a scoperte fortuite (art. 90 CBCP).

La configurabilità del tentativo dipende proprio dalla natura di presupposto della condotta che viene attribuito all'avvenuto ritrovamento. Lo svolgimento di ricerche per il ritrovamento di oggetti archeologici (si pensi alle frequentissime ipotesi di utilizzo del *metal detector*) non costituisce tentativo del delitto in esame, ma integra la contravvenzione del precedente articolo, che punisce l'abusiva effettuazione di ricerche archeologiche o, in genere, di opere per il ritrovamento di beni culturali. Il tentativo è pertanto riferibile solo alla fase dell'impossessamento. Mentre però nel furto l'impossessamento rappresenta il momento della consumazione e le diverse fasi della sottrazione e dell'impossessamento consentono di individuare un *iter criminis* nel quale identificare la soglia del tentativo, la fattispecie dell'art. 176 CBCP si sostanzia nel semplice impossessamento. Così come in tema di impossessamento nel furto, si deve ritenere consumato il reato quando il reo acquisisce un autonomo potere di signoria sulla cosa ritrovata, cioè fuori dal controllo di chicchessia. E' vero infatti che in questa fattispecie manca la fase della sottrazione e dunque un precedente detentore, ma dal momento del ritrovamento sorge il dominio da parte dello Stato sul bene e tutte le condotte finalizzate a ottenere da parte dell'agente l'autonoma disponibilità del bene costituiscono tentativo: si pensi ai frequenti casi di occultamento delle cose ritrovate nei pressi del luogo di ritrovamento in attesa del momento opportuno per essere trasportate altrove, ipotesi nelle quali concorrono la

contravvenzione dell'art. 175 CBCP e il tentativo del delitto dell'art. 176 CBCP.

Il concorso di reati tra le fattispecie degli artt. 175 e 176 CBCP è consentito dalla diversità di condotte e di beni tutelati. Nel caso delle ricerche non autorizzate - reato di pericolo astratto - risulta tutelato l'interesse dello Stato a che l'effettuazione delle ricerche avvenga secondo un piano prestabilito dall'autorità competente e con le cautele opportune per evitare possibili danni ai beni ritrovati; nella fattispecie di impossessamento illecito - reato di danno - il bene protetto è invece l'appartenenza allo Stato dei beni culturali non conosciuti e ritrovati fortuitamente o dietro concessione.

2. Una nuova forma di commissione del delitto

Dal riferimento all'art. 91 CBCP deriva l'individuazione di una nuova forma di commissione del delitto. L'impossessamento illecito di beni culturali potrà infatti ora avere per oggetto "le cose rinvenienti dall'abbattimento" di un immobile quando si proceda alla demolizione di esso per conto dello Stato o di altri enti pubblici: l'art. 91 co. 2 CBCP precisa infatti che tra i materiali di risulta che per contratto siano stati riservati all'impresa di demolizione non sono comprese le cose che abbiano l'interesse di cui all'art. 10 co. 3 lett. *a* CBCP. Dal richiamo a tale ultimo articolo deriva che in questo caso il reato sarà integrato solo quando l'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico sia "particolarmente importante", mentre per l'ipotesi-base di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato basta anche un interesse culturale di grado semplice.

La maggiore gravità della sanzione prevista per la condotta di cui al secondo comma, commissione del fatto da parte di concessionario di ricerca, deriva dal disvalore aggiuntivo della vio-

lazione degli obblighi propri del concessionario e dallo sfruttamento di circostanze che agevolano la commissione del reato.

9) Il possesso di reperti archeologici da parte dei privati

In tema di reati contro il patrimonio, il fatto del quale più spesso dottrina e giurisprudenza si occupano è il possesso di oggetti archeologici da parte di privati.

E' necessario premettere che il nostro ordinamento non prevede un obbligo generale dei privati di denuncia dei beni culturali in loro possesso, ma pone uno specifico obbligo di denuncia solo per il caso di ritrovamento fortuito. Nonostante ciò la giurisprudenza ha considerato e considera tuttora il possesso di oggetti archeologici quale fatto indiziante l'avvenuta commissione di altri reati.

Data la fondamentale regola della proprietà statale dei beni archeologici, principio fissato fin dal 1909 e recentemente confermato dal codice²⁷, si è a lungo dibattuto se il reato indiziato dal possesso di beni archeologici fosse il furto archeologico (come era previsto dall'art. 67 della legge 1089/39) o la ricettazione. Tra i due reati quello che presenta maggiori difficoltà probatorie è sicuramente l'impossessamento illecito di cui ora all'art. 176 del codice, data la necessità di provare l'impossessamento e non il semplice possesso. Per il reato di ricettazione invece il problema che la giurisprudenza ha dovuto risolvere è stato quello della qualificazione del reato presupposto.

Il problema della qualificazione del reato presupposto del delitto di ricettazione è stato risolto come segue. Di fronte alla

²⁷ La regola della proprietà statale dei beni culturali rinvenuti nel sottosuolo deve ritenersi posta anche dall'art. 826 c.c., che al secondo comma dichiara appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato "le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico ed artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo".

difesa del privato che asserisce la mancata conoscenza del carattere culturale del bene si pongono i noti problemi in tema di errore sugli elementi valutativi della fattispecie. Ma pur in mancanza dell'elemento soggettivo richiesto in ordine all'elemento valutativo, e dunque in presenza di esclusione del dolo riferito a tale elemento o di scusabilità dell'errore, la giurisprudenza ha risolto il problema del reato presupposto nel senso di contestare, anziché quello di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato, il reato di furto comune ai danni del proprietario del fondo, in quanto, trattandosi di cose mobili di pregio²⁸, secondo le regole civilistiche sul tesoro, esse appartengono al proprietario del fondo, e sempre naturalmente che venga provata la provenienza da scavi abusivi.

In dottrina è comune affermare che la prova della legittimità del possesso, cioè la circostanza che esso risalga a un periodo antecedente al 1909, deve essere fornita dal privato, il quale si trova pertanto gravato da quella che è stata definita da Giovanni Pioletti una "*probatio diabolica*". Questo indirizzo giurisprudenziale si basa sul presupposto della proprietà statale delle cose d'interesse archeologico²⁹. Tale presupposto dovrebbe avere un fondamento normativo che in realtà non ha. Non vale a questo proposito richiamare la norma dell'art. 88 t.u. e ora art. 91 del codice che detta l'appartenenza statale dei beni "da chiunque e in qualunque modo ritrovati". Si osserva infatti, sotto un profilo di

²⁸ Conclusione questa non condivisibile, o perlomeno non sempre vera, dato che valore culturale ed economico seguono parametri di valutazione differenti.

²⁹ Secondo questo indirizzo il privato dovrebbe provare che la scoperta dei beni in suo possesso risalga a una data precedente all'entrata in vigore della legge 20 giugno 1909 n. 364, che ha posto la regola dell'appartenenza allo Stato delle cose di interesse culturale ritrovate nel sottosuolo. In giurisprudenza recentemente Cass. 21 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1587 ss., con nota di DI VICO, *Sul possesso ingiustificato dei beni culturali*.

fatto, che la maggior parte degli oggetti archeologici circolanti appartiene a scavi ben anteriori alla legge del 1909, che per prima ha previsto l'appartenenza statale, e che dunque la proprietà privata dei beni archeologici costituisce nell'attuale situazione la regola e non l'eccezione³⁰. Inoltre la proprietà statale dei beni culturali non costituisce la regola nel testo unico, come non la costituiva nella legge 1089/39: l'appartenenza ai privati vi è riconosciuta e comporta solamente l'esigenza di prescrizioni in ordine alla conservazione dei beni attraverso la dichiarazione di vincolo, la quale non muta l'appartenenza del bene; pertanto risulta estranea al sistema legislativo e alla sua applicazione la considerazione che il mezzo migliore per tutelare i beni culturali è dato dalla loro appartenenza pubblica, come dimostrato anche dalla scarsità di procedimenti espropriativi da parte statale.

Assente pertanto un fondamento normativo alla presunzione di proprietà dello Stato dei beni culturali non risulta condivisibile la scelta giurisprudenziale dell'inversione dell'onere della prova e si giustifica invece il contrario indirizzo giurisprudenziale che applica in questa materia le ordinarie regole probatorie e rifiuta presunzioni di colpevolezza³¹.

³⁰ LEMME, *Riflessioni sul Testo Unico dei beni culturali*, in *Il giornale dell'Arte*, gennaio 2000. L'Autore osserva come il maggior numero degli scavi è stato compiuto nell'età umanistica e sino alla fine dell'Ottocento. Inoltre il titolo di provenienza è spesso costituito non da dichiarazioni della pubblica amministrazione, ma consiste nella documentazione di acquisto all'asta o nelle dichiarazioni dei privati venditori.

³¹ Già la sentenza della Cassazione del 4 febbraio 1993 aveva affermato che è penalmente rilevante il possesso di reperti archeologici solo allorché la mancata prova, da parte del possessore, della legittima provenienza degli oggetti possa essere messa in relazione ad altri dati indizianti (tra gli altri, chiamata di correo, tipologia delle cose correlata a furti noti, segni sulle cose di un loro recente ritrovamento). Tale sentenza mitiga il rigore del quadro giurisprudenziale dominante ma segue la medesima traccia. Recentemente abbandona opportunamente questa traccia, Cass. 4 maggio 1999, in *Riv. Polizia*, 2000, p. 31 ss., con nota di MASI, *Ancora sulla prova del legittimo possesso di cose d'interesse archeologico: verso una ragionevole definizione*; ed in *Cass. pen.*, 2000, p. 151 ss., con nota di FIORINO, *Osservazioni sulla presunzione*

L'impostazione giurisprudenziale tradizionale ha prodotto un sistema sanzionatorio rigido, talvolta punitivo per il privato in buona fede, che non giova alla difesa del patrimonio storico-artistico, e in particolare archeologico, ma si risolve in una enorme cifra oscura e nuoce in realtà alla conoscenza dell'entità del patrimonio archeologico.

Diverse sono state le proposte di legge volte ad incentivare le denunce di possesso di oggetti archeologici da parte dei privati sì in buona fede, ma con difficoltà soggettive e oggettive a provarla: nessuna di queste proposte è finora riuscita a tramutarsi in legge.

10) Cenni comparatistici

Gli ordinamenti stranieri comprendono generalmente nella legge fondamentale la previsione della tutela e valorizzazione del proprio patrimonio storico-artistico, in quanto elemento essenziale della specifica identità nazionale.

di illiceità del possesso privato di cose d'antichità e d'arte. La Corte in questa sentenza inverte finalmente la prospettiva della sentenza del 1993 e indica che gli elementi indizianti da prendere in considerazione sono, oltre a quelli derivanti dalle indagini ordinarie, quelli specifici che derivano dalla natura di questa categoria di cose, e pertanto la loro tipologia, la correlazione con rinvenimenti noti, la condizione delle cose che denuncino il loro recente rinvenimento, il loro accumulo, il loro occultamento e altre particolarità del caso. Solo a chiusura del quadro probatorio rileverà la mancanza di indicazioni sulla legittima provenienza: "in tali situazioni concrete già fortemente indizianti, la omissione di indicazioni sulla legittimità della provenienza può avere rilievo nel convincimento del giudice per la chiusura del costruito probatorio". La vigenza anche in materia di possesso di beni archeologici delle normali regole processuali, secondo le quali l'onere della prova incombe sulla pubblica accusa e il detentore non è tenuto a dare la prova contraria della legittimità della provenienza degli oggetti detenuti, è confermata ancora più recentemente in Cass. 16 marzo 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 973 ss., con nota di AVILA, *Il possesso dei beni archeologici tra garanzie costituzionali e presunzioni di colpevolezza nella giurisprudenza della suprema Corte*; la sentenza altresì riconosce quali elementi indizianti l'illegittimità del possesso quelli indicati nella precedente sentenza.

Da questa previsione fondamentale si dipartono le legislazioni di tutela, le quali presentano spiccate differenze per l'intervento di numerose variabili relative innanzitutto al tipo di Stato.

Le legislazioni più lontane dalla tradizione giuridica italiana sono sicuramente quelle dei Paesi orientali nei quali gli attentati ai beni culturali vengono equiparati, anche per alcuni aspetti di diritto internazionale, alle offese al sovrano ed alle istituzioni nazionali.

Altri ordinamenti assai differenti da quello italiano sono quelli che appartengono alla tradizione giuridica anglosassone. In essi certamente non manca l'interesse per la tutela del patrimonio storico-artistico, ma con esso concorre il tradizionale rispetto per la proprietà privata, l'osservanza delle regole di *Common Law* e l'intervento dell'associazionismo privato nelle iniziative di conservazione.

Maggiore assonanza giuridica con il nostro sistema hanno quelli dell'Europa continentale, che si valgono di una legislazione raffinata e spesso evoluta attraverso adattamenti nel corso di centinaia di anni.

E' poi ben nota, soprattutto in tema di circolazione dei beni culturali fuori dai confini nazionali, la differenza tra Stati "produttori" di opere d'arte (p. es. Italia, Spagna, Grecia) e Stati "importatori" di tali opere (p. es. Giappone). Questa differenza si riflette sui sistemi, più o meno rigidi, in tema di esportazione, attraverso la distinzione tra il regime "liberistico", seguito soprattutto dai paesi poveri artisticamente e ricchi economicamente, ed il regime "protezionistico" proprio dei paesi ricchi artisticamente, ma non altrettanto economicamente. Nella dottrina anglosassone si parla, corrispondentemente, di "*source states*" e di "*market states*": in aggiunta esistono "*transit states*" (p. es. Hong Kong e Macao) in cui è facilitato il movimento dei beni culturali

tra “*source states*” e “*market states*”. Sebbene i paesi ricchi artisticamente (“*source states*”), come p. es. l’India, abbiano sviluppato regimi protezionistici, è stato osservato come ciò non sia valso ad impedire la depredazione delle proprie risorse culturali, invece assai meglio conservate in Stati con regime “liberistico”, come p. es. il Giappone. Oltre che a proposito della circolazione tra Stati dei beni culturali, queste distinzioni influenzano anche i sistemi interni di tutela, con legislazioni tendenzialmente più rigide nei paesi produttori di opere d’arte (p. es. in Grecia ed Italia). La distinzione peraltro non può essere intesa in modo rigido, poiché vi sono paesi ricchi sia artisticamente che economicamente (si pensi alla Francia) e nei quali la disciplina in tema di beni culturali dipende da scelte differenti nei singoli momenti storici.

La storia, più o meno recente, dei singoli Stati influenza i rispettivi ordinamenti e i contributi dottrinali. In Germania, per esempio, grande attenzione è posta dalla dottrina sul tema della restituzione dei beni culturali sottratti in caso di conflitto armato, data la terribile esperienza della seconda guerra mondiale. In Grecia ed Egitto il sistematico spoglio delle testimonianze delle loro grandi civiltà hanno motivato rigide discipline in tema di esportazione e scavi archeologici. Più in generale si assiste alla difficile conciliazione tra l’esigenza di difesa della specifica identità nazionale, attraverso la conservazione nei paesi di origine delle tracce del passato e una nuova nozione di cultura, che rifiuta confini ed indulge all’*internazionalismo culturale*.

Altro carattere che può essere messo in risalto è l’influenza che sul sistema di tutela esercita la distribuzione di competenze in tema di cultura e di tutela del patrimonio storico e artistico tra Stato centrale ed enti locali. Sempre riservata allo Stato centrale è la tutela in tema di circolazione ed esportazione illecita dei beni

culturali nazionali; in vario modo distribuite sono invece le competenze in tema di protezione e salvaguardia interna, spettando esse talvolta allo Stato centrale e altre volte agli organismi locali, in base ai diversi tipi e livelli di federalismo. Il sistema di distribuzione di competenze non è privo di conseguenze sul piano dei sistemi di tutela: attribuire le competenze in tema di tutela agli enti locali può significare una scelta di campo per un sistema di tutela amministrativa anziché penale, sempre che ricorra un sistema simile a quello italiano, con riserva di competenza statale in campo penale; diversa è però la situazione per esempio in Germania, dove i *Länder* hanno potestà normativa penale (della quale peraltro in questo settore fundamentalmente non si avvalgono).

La tutela dei beni culturali, dato che essi costituiscono espressione dell'identità nazionale, trova sempre un riferimento a livello centrale (perlomeno in tema di allontanamento di tali beni dai confini nazionali): la distribuzione poi delle competenze dipende dalla storia oltre che dalle scelte di sistema dei singoli Stati.

Quanto alla distinzione - analizzata con riferimento al sistema italiano - tra tutela penale diretta e indiretta, dall'analisi dei sistemi stranieri di tutela del patrimonio culturale risulta l'assoluta prevalenza degli ordinamenti nei quali la tutela penale codicistica è di tipo indiretto, assumendo rilievo autonomo il patrimonio storico-artistico solo nella legislazione complementare. Solo ordinamenti recentemente riformati assumono coscienza della necessità di considerare autonomamente tale bene giuridico attraverso la creazione di un titolo apposito nel codice penale. In questo senso esempi significativi sono costituiti dal codice spagnolo del 1995, che prevede un capitolo espressamente intitolato "*De los delitos sobre el patrimonio histórico*", ma che non com-

prende certamente tutte le fattispecie riferibili a tale tutela, dal codice penale peruviano del 1991, che contiene un capitolo dedicato ai “*Delitos contra los bienes culturales*” e dal codice penale cubano, che infine prevede un titolo riguardante i “*Delitos contra el Patrimonio Cultural*”.

Verso tale soluzione non paiono invece indirizzati i recenti codici penali degli Stati creatisi dalla frammentazione della ex Jugoslavia e della ex Unione Sovietica.

Una soluzione particolare, non condivisibile data l’affermata necessità di attribuire rilievo autonomo ai beni culturali, è quella del recente (1997) codice penale croato che include le fattispecie (autonome) di “Danneggiamento, distruzione ed esportazione non consentiti di beni culturali e naturali” (art. 325) e “Svolgimento non consentito di lavori di ricerca e appropriazione di bene culturale” (art. 326) nel capo dedicato ai reati contro l’ordine pubblico. Lo stesso codice prevede invece un capo apposito (XIX) che riunisce i reati contro l’ambiente. Sempre tra i codici penali di recente emanazione, egualmente non condivisibile, è la disciplina del codice penale della Federazione Russa (1996), che punisce il contrabbando (art. 188) e il mancato rientro di beni culturali (art. 190) nel capo dedicato ai reati nell’ambito delle attività economiche, e ricomprende il furto e il danneggiamento di beni culturali nella fattispecie di “Impossessamento di oggetti aventi un particolare valore” (art. 164), collocata tra i “Reati contro la proprietà”.

Anche negli ordinamenti stranieri le forme di anticipazione della tutela sono contenute nella legislazione speciale. Dato per scontato che tale anticipazione è necessaria, la definizione del modo come essa debba avvenire e la decisione se spetti al diritto penale o al diritto amministrativo realizzarla sono problemi che non trovano soluzioni uniformi nei diversi sistemi di tutela.

Un primo modello può definirsi quello italiano: in esso l'anticipazione della tutela è di tipo penale attraverso la previsione di reati di pericolo astratto. Lo stesso ruolo di protagonista assume il diritto penale nell'ordinamento francese.

Un secondo modello si ritrova nei sistemi spagnolo e tedesco: in questi, il diritto penale non si occupa di tutti i tipi di offesa, ma limita il suo intervento alla previsione delle fattispecie lesive, soprattutto di danneggiamento e furto. L'anticipazione della tutela è affidata al diritto amministrativo attraverso la previsione di fattispecie aventi la stessa struttura di quelle che in Italia costituiscono reati di pericolo astratto.

Dall'analisi delle disposizioni del codice penale e della legislazione complementare è risultato che il nostro ordinamento oscilla tra tutela del patrimonio storico-artistico dichiarato e tutela di quello reale e può dirsi pertanto accogliere un sistema duplice. Ebbene, l'adozione di un sistema duplice è comune anche agli ordinamenti stranieri, con accentuazione in alcuni di questi del profilo di tutela del patrimonio culturale dichiarato, come avviene in Paesi con grande esperienza ed efficienza di catalogazione come la Francia, e in altri con prevalenza marcata del sistema di tutela del patrimonio storico-artistico reale, come avviene per esempio in Grecia.