

Mario Trapani

*Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto  
dal c.d. codice dei beni culturali*

Anzitutto, mi unisco anch'io ai ringraziamenti per l'invito a questo importante Convegno, così ben organizzato da quattro giovani professori del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, studiosi di diverse discipline, alcuni dei quali sono stati in anni non tanto lontani nostri studenti e hanno ormai saldamente preso in maniera degna il testimone come docenti di quest'Ateneo.

Mi collego a quanto appena detto dall'amico professor Gentili. Anch'io mi sono avventurato nelle pieghe del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, pomposamente definito "codice dei beni culturali", secondo un'abitudine ormai invalsa da anni di attribuire a qualunque corpo normativo, più o meno "organico", la qualifica e, soprattutto, la "dignità" di "codice". Ad una prima e – sicuramente per mia colpa – senz'altro affrettata lettura di questo autodenominato "codice", confesso di aver capito ben poco del suo impianto complessivo, trattandosi di testo normativo – come ormai purtroppo sempre più spesso accade – scritto in un linguaggio "esoterico", non agevolmente accessibile neppure dai c.d. "addetti ai lavori", ossia da coloro che, per mestiere, si dedicano allo studio del diritto; il che si verifica, oltretutto, in un contesto di riferimento costituito da quel "sistema giuridico europeo" che, tutt'al contrario e dunque paradossalmente rispetto ad una tecnica legislativa sempre più confusa, sia pure con riferimento specifico al diritto penale, individua oggi come requisiti "qualitativi" di "riconoscimento" della esistenza e pertanto della efficacia di una qualunque norma penale incriminatrice – sia sul versante del precetto che della sanzione – proprio la sua "accessibilità" (oltre la "ragionevole prevedibilità" della "sostanza" del suo contenuto), come ormai costantemente ribadito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ho deciso allora di tentare di analizzare direttamente, secondo quelle che sono le mie specifiche competenze, la parte sanzionatoria di quel testo normativo, con riferimento sia all'apparato sanzionatorio penale che a

quello amministrativo. La sensazione di smarrimento e di frustrazione è stata addirittura maggiore di fronte alla scarsa, se non proprio all'assoluta, mancanza di chiarezza del sistema dei reati e delle pene ivi previsto, anzi, direi meglio, del sistema "punitivo" nel suo complesso, intendendolo integrato anche con il sistema sanzionatorio amministrativo.

A conforto di quanto sto dicendo, prendiamo, a mo' d'esempio, l'articolo 166 del Decreto Legislativo n. 42 del 2004. Siamo di fronte alla previsione di un illecito "amministrativo", essendo stabilita come conseguenza del fatto ivi previsto una sanzione punitiva amministrativa. Quello delle leggi punitive amministrative è, come noto, un settore dell'ordinamento giuridico dove, come in quello penale, dovrebbe, teoricamente, vigere il principio di "stretta legalità" e quindi di tassatività, determinatezza e chiarezza nella descrizione delle violazioni, ai sensi dell'art. 1 comma 2 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (c.d. legge di depenalizzazione). Ebbene, leggiamo l'art. 166, rubricato *Omessa restituzione di documenti per l'esportazione*: «Chi, effettuata l'esportazione di un bene culturale al di fuori del territorio dell'Unione europea ai sensi del regolamento CE, non rende al competente ufficio di esportazione l'esemplare numero 3 del formulario previsto dal regolamento (CE) n. 1081/2012 della Commissione, del 9 novembre 2012, recante disposizioni d'applicazione del regolamento CE, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 103,50 a euro 620». Di fronte ad una simile formulazione legislativa, per qualunque persona "normale" – estranea alle tortuosità burocratiche degli uffici legislativi nazionali ed europei – con ogni evidenza assai poco rispettosa, prima ancora che del principio "garantista" di stretta legalità, dell'umana sopportazione, qualcuno potrebbe obiettare che, in fondo, siamo qui in presenza solo di una sanzione amministrativa, oltretutto di importo non relevantissimo. Andiamo allora a vedere se la situazione migliora dall'altra prospettiva sanzionatoria, quella del diritto penale in senso stretto.

Prendiamo, ad esempio, l'art. 174 dello stesso "codice", rubricato *Uscita [sic!] o esportazione illecite*: «Chiunque trasferisce all'estero cose di interesse artistico, storico, archeologico, etno-antropologico, bibliografico, documentale o archivistico [una prima domanda a questo punto sorge spontanea: a parte la vaghezza dei termini usati, l'elencazione deve ritenersi esaustiva o è meramente esemplificativa? E perché non si è seguita la stessa definizione di "beni culturali" di cui all'art. 2 comma 3 dello stesso D. Lgs. n. 42/2004?], nonché quelle indicate dall'articolo 11, comma 1, lettere f), g) e h), senza l'attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, è

punito con la reclusione da uno a quattro anni o con la multa da euro 258 a euro 5.165»; dunque, con una pena “alternativa”, detentiva o pecuniaria.

A parte la evidente scarsissima efficacia di prevenzione generale di una pena che può in concreto risolversi solo in una multa, oltretutto di entità irrisoria, e che non favorisce certo quella effettiva tutela dei beni culturali che il decreto legislativo in esame vorrebbe perseguire, che cosa voglio evidenziare con questo esempio? Ricordo, soprattutto ai tanti immemori penalisti piegati ad una esterofilia che raggiunge, in molti casi, patologici livelli di sudditanza culturale, come, nella nostra tradizione, quella più profonda e intellettualmente feconda, almeno per quanto riguarda il settore del diritto penale “classico” e che risale a Cesare Beccaria e a quel suo libriccino, *Dei delitti e delle pene*, che segnò una svolta radicale nel pensiero penalistico mondiale, tale insigne Autore – che, come noto, non era un giurista dogmatico ma un moralista, filosofo politico e, come potremmo definirlo con terminologia moderna, un politico criminale – sottolineava come fosse essenziale per la tutela della libertà dei singoli la “chiarezza” delle “leggi”, in particolare di quelle penali, denunciando il pericolo insito nella loro “oscurità” e vagheggiando pertanto l’introduzione, da parte di qualunque “buon” legislatore, di un unico “codice”, ossia di una legge intrinsecamente “organica” e, soprattutto, semplice nella sua formulazione perché tutti possano comprenderla, che «giri fra le mani di tutti i cittadini», e quindi sia “accessibile” da tutti.

Aspirazione “ideale”, lontanissima dalla cruda “realtà” legislativa, come è confermato dalle “tecniche” di normazione (per usare un anglicismo oggi tanto di moda: di *drafting*) che attualmente caratterizzano la produzione di quasi tutti i testi legislativi, anche sanzionatori, proprio nella “patria” di quel Beccaria, che può, a ragione, essere indicato come uno tra i più autorevoli rappresentanti – se non, addirittura, il fondatore – della c.d. Scuola Classica del diritto penale in Italia. Di che “chiarezza” e “accessibilità”, almeno con riferimento alle norme incriminatrici, si può infatti parlare di fronte ad un testo normativo, come quello sopra ricordato – e non si tratta neppure di uno degli esempi peggiori! –, difficilmente comprensibile nella sua contorta formulazione anche dagli addetti ai lavori, come conseguenza dell’utilizzo di elementi “vaghi” e di rinvii “a catena” ad altre disposizioni di legge?

Ricordo, a titolo informativo, che nell’ordinamento penale italiano – non quello originariamente delineato dal Codice Rocco, scritto da studiosi di chiara fama, ma in quello modificato in maniera profonda e sostanziale, almeno a detta dell’opinione comune, dalla Corte costituzionale, in par-

ticolare con la sentenza n. 364 del 1988 sull'ignoranza inevitabile della legge penale – nessuno in buona fede potrebbe negare che qui ci troviamo sicuramente in presenza di una situazione tipica di ignoranza inevitabile della legge penale alla stregua del parametro dell'uomo medio *eiusdem conditionis*, ossia di qualunque persona normale, dal momento che, fermo che si tratta di delitti di mera creazione legislativa (i c.d. *mala quia prohibita*), addirittura gli stessi operatori del diritto penale – allo stesso modo di quanto si può dire per i civilisti e gli amministrativisti – hanno notevoli difficoltà nell'individuazione del significato e della portata delle disposizioni introdotte dal c.d. "codice dei beni culturali". Disposizioni legislative che – non si dimentichi – costituiscono il presupposto normativo dell'intero apparato sanzionatorio, penale e amministrativo, secondo un modo di costruzione delle fattispecie di illecito anche oggi assai frequente nella c.d. legislazione speciale o "complementare", dove le sanzioni penali ma anche punitive amministrative – ripercorrendo le orme della "vecchia", ma sempre viva, concezione bindinghiana della natura "meramente sanzionatoria" o "ulteriormente sanzionatoria" del diritto penale – si limitano a "punire" la violazione di prescrizioni poste originariamente dalla legge per tutt'altri fini (il che, inevitabilmente, si riverbera sulla struttura semantica della loro formulazione); e quindi attraverso l'adozione di una tecnica legislativa di mero "rinvio" alle norme, in origine, extrapunitive civili e amministrative, evidentemente non conforme a quei principi garantistici di tassatività e chiarezza cui dovrebbe ispirarsi anzitutto il diritto penale ma anche quello punitivo amministrativo. Il che significa, in ultima analisi, che unico e sicuro responsabile della mancanza di una tutela effettiva dei nostri beni culturali è, anzitutto, proprio lo Stato, nel momento in cui non sa tecnicamente formulare le disposizioni legislative in maniera adeguata, in particolare attraverso la predisposizione di un apparato coattivo-sanzionatorio coerente con i fini politico-criminali, e politici in genere, perseguiti attraverso l'adozione di un certo provvedimento normativo.

Lasciando da parte l'aspetto della tutela del paesaggio – ricordando tuttavia come l'Italia, per la sua conformazione oro-geografica, abbia dovunque beni paesaggistici meritevoli della massima tutela – e concentrandoci solo sulla tutela del patrimonio culturale, occorre anzitutto ricordare come il nostro Paese, secondo stime ufficiali delle organizzazioni dell'ONU, abbia sul suo territorio almeno l'80%, e forse più, di tutti i beni culturali del pianeta; il che impone evidentemente al nostro legislatore la previsione di una tutela adeguata ed effettiva di detto patrimonio. Possiamo però onestamente affermare che il nostro legislatore abbia adem-

piuto a questo compito, prima che giuridico, di civiltà, in particolare con la predisposizione del c.d. codice dei beni culturali del 2004? C'è senz'altro da dubitarne: infatti, nonostante la "ideologia" della preminenza, se non addirittura dell'esclusività, dell'"interesse pubblico" che incombe su tutta questa materia – e purtroppo non solo –, l'esperienza ci ha viceversa insegnato come non solo lo Stato, ma anche le Regioni e i Comuni nelle loro articolazioni non riescono a provvedere concretamente ad una tutela adeguata del nostro patrimonio artistico e archeologico, lasciando spesso questi beni in stato di degrado e di abbandono, coprendosi dietro la pseudo-giustificazione della scarsità dei mezzi economici di fronte alla enorme quantità dei beni culturali da salvaguardare presenti sul nostro territorio. Si pensi, per fare un esempio, alle straordinarie opere d'arte che si trovano – magari spesso di fatto neppure catalogate – nei depositi sotterranei dei musei archeologici, specie del meridione d'Italia; e alla mancanza di quegli interventi conservativi e di restauro che sarebbero viceversa necessari per mantenere al meglio il nostro patrimonio artistico e culturale globalmente inteso (il che purtroppo ha trovato, recentemente, una conferma nella tragica evenienza dei terremoti che hanno sconvolto il centro d'Italia, come in un passato non lontano la pianura padana).

Contro l'ideologia del "tutto pubblico" perché "pubblico è bello e giusto", da posizioni senz'altro "politicamente scorrette" (di cui vado fiero), spezzo qui invece una lancia a favore della – possibile – proprietà privata dei beni artistici e archeologici: di fronte ad un soggetto privato cui è pervenuto – mi azzardo a dire: anche se in maniera illecita, o comunque in modo legittimamente indimostrabile – un vasetto etrusco oppure qualche pezzo archeologico della Magna Grecia, il quale se lo tiene gelosamente, custodendolo con la massima cura (magari mettendolo sotto una teca di vetro), non si può realisticamente non riconoscere come questo artefatto venga conservato molto meglio di come viene generalmente, e quotidianamente, trattato gran parte del nostro patrimonio culturale affidato alle cure "pubbliche". Non vi è dubbio che, anche in questo campo (e soprattutto in questo campo), siamo di fronte ad uno Stato che si rivela – non voglio spingermi a dire inesistente, ma – senz'altro inadeguato a svolgere le funzioni che dovrebbero essergli proprie. E ciò quando, viceversa, tutte le persone di buon senso, e quindi normali, sanno perfettamente che lo sfruttamento integrale e intelligente, in quanto ben organizzato, dell'intero nostro patrimonio culturale, anche del meno conosciuto dal grande pubblico, integrato, attraverso una stretta attività di coordinamento, con lo sfruttamento turistico del nostro patrimonio paesaggistico e gastrono-

mico (facendo, come si dice oggi con una parola abusata ma di moda, “sistema”), costituirebbe per il nostro paese una enorme fonte di ricchezza, invidiabile e praticamente infinita, con una ricaduta formidabile e virtuosa altresì sul piano dell’occupazione (specie nel Mezzogiorno d’Italia). L’unica cosa che veramente servirebbe, e che purtroppo ancora non c’è, sarebbe un’“anagrafe nazionale” di tutti i beni culturali, dovunque si trovino e da chiunque siano posseduti, che sia effettiva in quanto “unitaria” (mentre il D. Lgs. n. 42/2004 sembrerebbe prevedere un meccanismo di archiviazione dei dati frammentato e differenziato a seconda della diversa “appartenenza” dei beni); ma è chiaro che, nella situazione normativa attuale nella quale versiamo, qualunque privato si guarderebbe bene dal denunciare alla pubblica amministrazione beni culturali in suo possesso – magari pervenutigli attraverso trasferimenti materiali da una generazione all’altra, la prova della cui legittima acquisizione sarebbe “diabolica” –, anche per evitare le infinite, e vessatorie, pratiche burocratiche cui sarebbe sicuramente sottoposto (soprattutto per la non chiarezza e farraginosità del procedimento di verifica dell’“interesse culturale” di un certo bene, disciplinato dallo stesso “codice”, e al cui esito positivo è subordinata la sua iscrizione in un «apposito elenco», come stabilito dall’art. 15 comma 2 *bis*). Breve: la “proprietà” del bene culturale può ben essere “privata” (come d’altronde espressamente riconoscono, anzitutto, l’art. 1 comma 5 e l’art. 10 comma 3 D. Lgs. n. 42/2004), mentre “pubblico” è il “valore culturale” del bene.

Ritornando ad una considerazione complessiva del contenuto del c.d. codice dei beni culturali, occorre riconoscere che anche qui siamo in presenza di uno dei soliti tentativi di grandi riforme che, alla fine, approdano a risultati senz’altro insoddisfacenti rispetto alle aspettative; e ciò, nonostante si tratti del tentativo di introdurre una disciplina particolarmente analitica dell’intera materia, che finisce per rivelarsi addirittura tecnicamente pedante, in particolare per i continui rinvii “a catena” tra le varie disposizioni del testo normativo. A questo proposito, mi sembra però doveroso sottolineare come la tecnica di descrizione analitica e “casistica” dei comportamenti normativamente rilevanti, tipica degli *statutes* anglosassoni, non sia – almeno per quanto riguarda il diritto penale dei sistemi di *civil law*, cui anche l’ordinamento italiano ancora appartiene – idonea allo scopo: non si comprende infatti perché, persino nella descrizione dei fatti penalmente (o anche amministrativamente) illeciti dobbiamo, ancora una volta e sempre in omaggio a quella “esterofilia” che ci caratterizza, imitare la tecnica casistica degli inglesi, rischiando così di lasciare senza

tutela, perché non esplicitamente previste (data la garanzia di “tassatività” delle incriminazioni), situazioni che viceversa la meriterebbero, quando la nostra tradizione legislativa fa viceversa riferimento a fattispecie “generali” e “astratte”, e dunque le più “sintetiche” possibili, purché ovviamente chiare e comprensibili nelle espressioni semantiche usate secondo il linguaggio comune (come ammoniva magistralmente, già molti decenni fa, Francesco Antolisei nella Introduzione alla Parte speciale del suo classico Manuale, criticando la tecnica – a suo avviso – eccessivamente casistica del codice Rocco nella descrizione dei reati).

Passiamo ora ad un altro problema, cui pure è stato fatto cenno in precedenza: le norme incriminatrici e quelle che prevedono sanzioni amministrative introdotte dal codice dei beni culturali sono poste a tutela di ‘beni giuridici’ ovvero di semplici ‘funzioni’? Chi mi conosce sa che, a mio avviso, il concetto di ‘bene giuridico’ come ‘oggetto di tutela’ – almeno per come viene inteso dalla maggioranza dei penalisti – non ha senso. Non esiste infatti, dal punto di vista normativo, un “bene” o un “valore” qualificabile come “giuridico” che “preesiste” alla sua incriminazione; un bene cioè di per sé meritevole della massima protezione, che viene poi tutelato dal legislatore attraverso la previsione di una norma penale incriminatrice. Un bene o un valore socialmente apprezzabile assume infatti la qualifica di “giuridico” solo “se” e “nei limiti in cui” viene tutelato dal legislatore, limiti di protezione che appunto permettono di identificarne la “giuridicità”. Ma lasciamo perdere questa incongruenza logica.

Qui si tratta chiaramente di tutela delle cosiddette “funzioni”. Anche in questo caso è la procedura amministrativa di autorizzazione oggetto immediato e diretto della tutela penale, dal momento che non è il bene culturale, storico, archeologico, artistico, che viene protetto di per sé. In altri termini, oggetto di tutela non è il bene culturale in sé considerato, ma solo il rispetto “formalistico” delle diverse procedure amministrative previste in particolare, rispettivamente, dagli articoli 12 e 13 del Decreto Legislativo n. 42 del 2004, a seconda che si tratti di beni appartenenti a soggetti pubblici (o a persone giuridiche private senza fini di lucro) ovvero a soggetti privati (anche persone singole), procedure le uniche abilitate a stabilire il cosiddetto “vincolo di interesse culturale”. In una parola, oggetto di tutela è il bene culturale solo in quanto “marchiato” da detto vincolo formale.

A questo punto però mi domando: se un soggetto chiede la autorizzazione amministrativa per l’esportazione di un bene culturale, ma, per le note lentezze burocratiche, realizza il reato prima di averla ottenuta,

laddove l'autorizzazione comunque arrivi, sia pure in ritardo, dove sta in concreto quella "offesa" all'interesse tutelato dalla norma penale, senza la quale un qualunque reato non può giuridicamente integrarsi? In simili situazioni, nonostante appaia evidente la mancanza in concreto di qualunque offesa – sia pure sulla base di una valutazione *ex post* –, non si può fare nulla dal punto di vista del diritto penale: l'autore del fatto ha comunque commesso il reato ed il discorso inevitabilmente si chiude, non essendo neppure prevista, in questi casi, una causa di non punibilità laddove l'autorizzazione intervenga successivamente. Questa conclusione, attenzione, vale per tutte le situazioni di "procedimentalizzazione" necessarie per rendere penalmente "non punibile" (per mancata integrazione del fatto tipico; non – si noti – senz'altro "lecita" per la presenza di una causa di giustificazione) un'attività che altrimenti non lo sarebbe. A meno che sia lo stesso ordinamento a prevedere una causa di "non punibilità sopravvenuta" (*rectius*, dal punto di vista dommatico, una "causa estintiva del reato"), come avviene nei reati in materia urbanistica e di edilizia, laddove, ad esempio, un soggetto che costruisce un edificio sia pure nel pieno rispetto delle leggi in materia urbanistica e di edilizia, ma senza il prescritto permesso di costruire (in precedenza, si trattava addirittura di "concessione"!), realizza comunque l'illecito contravvenzionale; reato tuttavia non punibile, una volta che il permesso venga rilasciato successivamente, come si dice, "in sanatoria", trattandosi di vicenda costitutiva di una speciale causa estintiva del reato (art. 45 comma 3 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico in materia edilizia).

A ben vedere, ritengo, in realtà, che il diritto penale non dovrebbe preoccuparsi di tutelare la correttezza delle procedure amministrative, ossia beni meramente "strumentali" (di per sé già adeguatamente tutelabili in via amministrativa), ma solo beni "finali"; ma tant'è. Con norme incriminatrici penali che tutelano, in via diretta, il solo rispetto delle procedure amministrative, non c'è, contro i principi anche stabiliti in Costituzione, un diritto penale della "offesa" in concreto; c'è un diritto penale che tutela la mera "forma", se non il "formalismo" burocratico. Come ricordava sempre a lezione il mio Maestro, Marcello Gallo, accade come nell'Atto III del Guglielmo Tell, l'ultima opera di Rossini tratta dal dramma di Schiller, quando tutti i sudditi, passando davanti al cappello del governatore Gessler, posto in cima ad un palo, dovevano fare un segno di deferenza rendendo omaggio al copricapo. Solo forma, ma nessuna sostanza.

Questa scarsa chiarezza e coerenza del sistema si trasferisce nella debolezza assoluta del sistema sanzionatorio. Le sanzioni amministrative pecuniarie



sono decisamente risibili dal punto di vista quantitativo, e quindi della loro efficacia preventiva in funzione di deterrenza. Con riferimento all'apparato sanzionatorio penale *stricto sensu*, per quanto concerne gli illeciti contravvenzionali, si tratta almeno di contravvenzioni che, essendo per lo più punite con la pena "cumulativa" dell'arresto e dell'ammenda, non sono oblazionabili, impedendosi così all'autore del fatto di uscire dal circuito penale con l'estinzione del reato attraverso il semplice pagamento di una somma di denaro su sua istanza.

A questo proposito, si pone però un problema non secondario, cui questo legislatore non sembra avere minimamente pensato (almeno si spera), problema che nasce in considerazione del fatto che un "buon" legislatore si deve – o forse sarebbe meglio dire: si dovrebbe – preoccupare di garantire non solo la coerenza di qualunque legge nelle varie parti in cui è articolata, ma anche la sua coerenza alla luce dell'intero ordinamento giuridico; il che purtroppo accade sempre più di rado. Dando infatti sempre per scontato – almeno come ipotesi di lavoro – che il codice dei beni culturali abbia voluto approntare un apparato sanzionatorio significativo e sufficientemente dissuasivo, il legislatore del 2004 sembra al contrario dimenticare, se non senz'altro ignorare, l'esistenza dell'articolo 9 della legge n. 689 del 1981 – statuizione, a ben vedere, non presa nella dovuta considerazione, specie con riferimento alla sua enorme potenzialità espansiva e alle conseguenze dogmatiche e sistematiche che se ne debbono logicamente trarre, anche dalla maggior parte della dottrina, soprattutto penalistica –, che prevede la piena operatività del "principio di specialità" fra disposizioni punitive penali in senso stretto e amministrative, quando siano entrambe previste da fonti statali; ossia, per la prima volta, tra disposizioni normative appartenenti a settori diversi dell'ordinamento. Al contrario di ciò che avviene in altre leggi, specie recenti, dove, per consentire l'applicazione "cumulativa" delle sanzioni penali e punitive amministrative con riferimento allo stesso fatto, si prevede esplicitamente una "clausola derogatoria" del citato art. 9 (un esempio si riscontra nel citato D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, all'articolo 44 comma 1), nel decreto legislativo di cui ci stiamo occupando non si dice assolutamente nulla. Siccome però la migliore dottrina ritiene che l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 si applichi anche in caso, addirittura, di specialità "in concreto" (detta anche, impropriamente, "bilaterale"), è molto probabile che, alla fine, siano assai frequenti i casi in cui il giudizio di specialità si risolva nella "prevalenza" della disposizione punitiva amministrativa, che sarà dunque l'unica applicabile, con esclusione di quella penale. Ora, considerando che la sanzione

punitiva amministrativa si sostanzia nel mero pagamento di una somma di denaro (oltretutto, come abbiamo visto, neppure di notevole entità), escludendo la pena criminale detentiva, ne consegue, logicamente, come il sistema sanzionatorio, unitariamente inteso, si risolve in un apparato dissuasivo, nel suo complesso, praticamente ineffettivo.

C'è poi un'altra considerazione da fare a proposito della confisca delle cose che costituiscono bene culturale, prevista dal comma 3 dell'art. 174 come sanzione "accessoria" alla pena "alternativa" della reclusione o della multa, con riferimento al delitto di "*Uscita o esportazioni illecite*". Stabilisce l'art. 174 comma 3 che «Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persone estranee al reato»; specificando poi come «La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando». Qui siamo in presenza di una misura che segue alla integrazione di una fattispecie criminosa. A prescindere dalla considerazione in ordine alla rilevanza pratica, e quindi alla concreta efficacia, di un provvedimento di confisca di un bene culturale che si trovi materialmente all'estero, o perché ivi illecitamente trasferito (comma 1) o perché illecitamente non fatto rientrare nel territorio nazionale alla scadenza del termine di autorizzazione temporanea all'uscita o all'esportazione (comma 2), pur in presenza delle condizioni previste dall'art. 745 comma 2 c.p.p.; la domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: che natura giuridica ha la confisca di cui stiamo parlando? Escludiamo – sia pure come mera ipotesi di lavoro – che si tratti di confisca amministrativa, anche se il contenuto e lo stesso *nomen iuris* della confisca amministrativa e di quella penale sono praticamente identici (vedi l'art. 20 legge 24 novembre 1981, n. 689). La domanda comunque rimane: si tratta della "misura di sicurezza patrimoniale" contemplata dall'articolo 240 c.p. o, essendo contenuta in una legge speciale, è forse più congruo qualificarla senz'altro come "pena accessoria", posto che abbiamo tantissimi casi, nelle leggi complementari, nelle quali la confisca è esplicitamente qualificata come pena accessoria? Questione, questa, ulteriormente complicata dal rinvio – già contenuto nell'art. 66 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, in materia di confisca delle cose di interesse artistico e archeologico – alle «norme della legge doganale relativa alle cose oggetto di contrabbando», dal momento che la confisca prevista dall'art. 301 D.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (Testo Unico delle Disposizioni in materia doganale), secondo una giurisprudenza assolutamente consolidata, deve essere sempre ordinata, anche qualora non venga pronunciata una sentenza di condanna. Qualcuno potrebbe a questo punto obiettare che un simile problema,

sulla natura giuridica della confisca, interesserebbe solo i professori e le loro elucubrazioni teoriche, posto che, alla fine, tanto considerando questa figura di confisca quale misura di sicurezza ovvero pena accessoria, sul piano pratico non cambierebbe nulla, essendo comunque la sua disciplina – consistente nella sua applicazione obbligatoria, sempre che la cosa non appartenga a soggetto estraneo al reato – interamente prevista dallo stesso comma 3 dell'art. 174 (che rinvia a sua volta, come visto, alle «norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando»). Sì, ma che accade se il soggetto indagato o imputato del reato “patteggia”? Se infatti si tratta di misura di sicurezza patrimoniale, il giudice deve applicarla; se viceversa non è misura di sicurezza ma pena accessoria, la sentenza di patteggiamento esclude senz'altro la sua applicazione (arg. *ex art.* 445 comma 1 c.p.p.).

Un “buon” legislatore che avesse viceversa voluto rendere comunque applicabile la confisca, al fine di assicurare maggiormente l'efficacia di prevenzione generale delle norme incriminatrici, avrebbe dovuto seguire una tecnica legislativa analoga a quella che si incontra oggi, ad es., nel nuovo titolo VI-bis del codice penale, che ha introdotto i delitti contro l'ambiente, dove l'art. 452 *undecies* stabilisce che, «Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti», cioè di patteggiamento, con specifico riferimento ad alcuni dei delitti contro l'ambiente, «è sempre ordinata la confisca delle cose» relative alla commissione dell'illecito, «salvo che appartengano a persone estranee al reato». Tale formula, molto chiara, evita ogni dubbio in ordine all'applicabilità, sempre e comunque, della confisca in caso sia di condanna che di patteggiamento per delitti ambientali, quindi anche laddove si ritenga detta confisca una pena accessoria, in deroga all'art. 445 comma 1 c.p.p..

Ancora, sempre a proposito delle ipotesi delittuose previste dall'art. 174, occorre ricordare come la Corte costituzionale ha da tempo affermato che il principio di “legalità della pena” non può ritenersi rispettato nel caso in cui si sia in presenza di un arco edittale eccessivamente ampio fra la pena minima e la massima. Seguendo questa giurisprudenza della Corte, non vi è allora alcun dubbio che la pena astrattamente prevista dall'art. 174 sia incostituzionale, andandosi da un minimo di euro 258 ad un massimo di quattro anni di reclusione; e ricordo che con una pena in concreto di quattro anni di reclusione il condannato non può neanche, di regola, usufruire della misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali, essendo di tre anni il limite massimo per la concessione di detto beneficio (a meno che non ricorrano le condizioni, comunque più

restrittive, previste dal comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. penit.: c.d. affidamento "allargato" applicabile in caso di pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione).

Superiamo però anche i dubbi concernenti il rispetto del principio di legalità delle pene e dei reati. Ormai, come noto, dobbiamo fare i conti anche – e forse soprattutto – con la giurisprudenza delle Corti europee, sulla quale tornerò a breve.

Riprendiamo intanto, sempre a mo' d'esempio, l'art. 174, che prevede per i delitti ivi delineati, come visto, la pena della reclusione da uno a quattro anni. Dal punto di vista strettamente processuale, se si tratta di delitti puniti con la reclusione non superiore nel massimo a quattro anni, il procedimento è molto più rapido e snello, perché dovrebbe svolgersi con citazione diretta in giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica e quindi senza l'udienza preliminare (art. 550 comma 1 c.p.p.).

Ma, dal punto di vista del diritto penale sostanziale, che cosa ha fatto il legislatore del codice dei beni culturali del 2004 per garantire la tutela più incisiva possibile in materia di beni culturali? Se infatti la previsione di una pena massima fino a quattro anni di reclusione poteva forse, di per sé, considerarsi astrattamente adeguata al disvalore complessivo del fatto (a differenza della pena pecuniaria, alternativa alla pena detentiva, specie se considerata nel suo minimo), vediamo qual è la situazione che si presenta oggi dopo la recente introduzione nel sistema, ad opera del Decreto Legislativo 16 marzo 2015, n. 28, del nuovo articolo 131 *bis* del codice penale, rubricato *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*: «Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta a detta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, [...] l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale». Anche se detta disposizione – di portata generale – è stata dettata dal fine politico, e anche pratico, di decongestionamento delle carceri (oltre che degli uffici giudiziari), ciò significa comunque che oggi, per tutti i reati previsti dal c.d. codice dei beni culturali, contravvenzioni ma anche delitti, è possibile pervenire in concreto – in presenza delle condizioni indicate dall'art. 131 *bis* c.p. – anche alla assoluta "non punibilità" dei loro autori. È evidente dunque come il sistema sanzionatorio complessivamente previsto dal codice dei beni culturali risulti, a maggior ragione oggi, assolutamente incapace di garantire, in maniera adeguata ed effettiva, la tutela dei beni culturali in un Paese che, come detto, ne possiede più dell'80% del loro numero

complessivo mondiale.

Beni culturali che, come dice Aurelio Gentili, sono beni appartenenti non allo Stato italiano ma all'intera umanità, spettando quindi al nostro Stato, sul cui territorio le vicende storiche hanno voluto che si trovassero, il solo compito, senz'altro gravoso, di custodirli e proteggerli perché l'intera umanità possa fruirne.

Abbiamo pertanto il dovere, anzitutto dal punto di vista internazionale, di proteggere questi beni nella maniera, in assoluto, più incisiva; ma non lo facciamo. Siamo timorosi di fronte alla necessità, e alla urgenza, di prevedere un apparato sanzionatorio "sinergico", amministrativo e penale, adeguato ed effettivo per la tutela dei nostri beni culturali, dimenticando il loro immenso valore come beni di tutta l'umanità.

Un'ultima considerazione. È ormai una moda, seguita da larga parte dei penalisti, ritenere che il loro compito si riduca a "sistematizzare" le pronunce giurisprudenziali; in quest'ottica, un'attenzione particolare viene dedicata alla giurisprudenza delle Corti europee, anche come conseguenza della – pretesa – vincolatività delle loro decisioni. Non è questa, evidentemente, la sede per valutare quanto l'incidenza della giurisprudenza europea sulla individuazione dei delitti e delle pene sia compatibile col principio – oltretutto – costituzionalmente sancito della riserva assoluta di "legge statale" in materia penale. Correttamente, la Corte di Strasburgo, proprio a proposito della confisca (Sentenza Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia), si è preoccupata anzitutto di sottolineare come, ai fini dell'applicabilità delle garanzie sostanziali e processuali stabilite dagli artt. 6 e 7 CEDU, non importa quale sia la sua qualificazione formale da parte delle "leggi" di ciascuno Stato contraente, se come sanzione "penale" o "amministrativa" o anche come misura di natura giuridica non chiaramente definita, posto che ciò che appare decisivo è solo la sua riconducibilità sotto la categoria della sanzione "pena", come enucleabile e ricostruita autonomamente dalla stessa Corte alla stregua del medesimo art. 7 della Convenzione (che usa la formula «Nessuna pena senza legge»). In realtà, essendosi la Corte EDU occupata, in modo specifico (Sentenza Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, sopra citata), della «confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite» (ai sensi, oggi, dell'art. 44 comma 2 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico in materia edilizia), non poteva qui sorgere alcun dubbio sulla sua natura di "pena", a prescindere dalla sua qualificazione formale, in particolare, come penale-criminale o amministrativa. Da una attenta lettura di altre sentenze, si può però ragionevolmente pervenire altresì alla conclusione che la Corte di Strasburgo

– sia pure non in termini espliciti –, escludendo dall’ambito applicativo dell’art. 7 della CEDU, in quanto sicuramente misure non qualificabili come “pene”, non avendo funzione preventivo-dissuasiva e repressiva, le misure “riparative” o “ripristinatorie”, tenda a riservare la qualifica di “sanzioni”, con tutte le garanzie che ne discendono, alle sole “pene” in senso proprio, non importa poi se di natura penale o amministrativa (si veda ad es. la Sentenza Grande Stevens e altri c. Italia). Tale conclusione trova – mi sembra – una sicura conferma, sul piano normativo europeo, ad es., nel Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio UE del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, che – sia pure con riferimento esclusivo all’apparato amministrativo di tutela di fronte alla commissione di un illecito – distingue nettamente, anche dal punto di vista terminologico, le “misure”, di natura “recuperatoria-ripristinatoria”, dalle “sanzioni”, di natura “punitiva”, sottolineando anzi esplicitamente come le prime non possano essere considerate – e quindi trattate giuridicamente – come sanzioni (art. 4 comma 4).

Che questa sia la effettiva “linea di tendenza” europea trova altresì conferma nella nostra giurisprudenza di legittimità, che, proprio al fine di escludere certe “misure” dall’ambito applicativo delle garanzie di cui all’art. 7 CEDU, ne afferma senz’altro la natura “non sanzionatoria” ma solo “recuperatoria”. Così, la Corte Suprema di Cassazione, in una recente sentenza avente ad oggetto proprio la confisca di beni culturali illecitamente esportati ai sensi dell’art. 174 comma 3 D.P.R. n. 42/2004 (Cass., Sez. III pen., 10 giugno 2015, Almagià, n. 1313), ha perentoriamente stabilito che detta confisca non può essere qualificata come “sanzione”, posto che la sua funzione, e conseguentemente la sua natura, non è “afflittiva”, ma solo quella di “ripristinare” la situazione esistente prima della commissione dell’illecito (qualificandola poi come «misura recuperatoria di carattere amministrativo»).

A parte la affermata natura amministrativa di questa misura ablatoria, di per sé molto discutibile, la conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte è senz’altro condivisibile, dal momento che nessuno può evidentemente negare che la confisca – almeno in larga parte delle ipotesi legislativamente previste – serva a rimettere le cose nel pristino stato. Inaccettabile, anche alla stregua di una sommaria conoscenza dei requisiti minimi di teoria generale del diritto, è viceversa l’affermazione che, data questa funzione “recuperatoria” della confisca, essa non costituisca, tecnicamente, una vera e propria “sanzione”. Tale affermazione denota infatti la più assoluta ignoranza (nel senso etimologico del termine) che, nella

teoria generale del diritto, da Augusto Thon a Hans Kelsen (solo per fare due nomi), la categoria generale della “sanzione” comprende le due specie della sanzione “punitiva” ma, prima ancora, della sanzione “esecutiva”. La reintegrazione dello *status quo ante* è, infatti, comunque una vera e propria sanzione: non è sanzione punitiva, ma è sanzione esecutiva. Chi nega la natura di sanzione della confisca, laddove abbia contenuto direttamente e immediatamente “non affittivo” e/o “preventivo”, ma solo “riparatorio-ripristinatore”, identifica in modo erroneo il concetto di “genere” di sanzione con una sua “specie”, cioè la sanzione punitiva.

Ora, la confisca penale – quando non costituisce “misura di sicurezza patrimoniale” ai sensi dell’art. 240 c.p. – ben potrebbe non essere qualificata come “pena”, anche se nell’ordinamento italiano alcune leggi speciali la considerano esplicitamente, come abbiamo visto, pena “accessoria”; in ogni caso, l’ordine in cessazione e la rimessione in pristino sono senza dubbio delle sanzioni. Anzi, a mio parere, le “sanzioni esecutive” sono la forma “primaria” di sanzioni, quelle che, reintegrando in forma specifica l’ordinamento giuridico violato, hanno una “preminenza logica” rispetto alle sanzioni punitive.

Alla “pena”, a qualunque tipo di pena prevista da qualunque settore dell’ordinamento giuridico – posto che sanzioni punitive e sanzioni esecutive esistono in tutti i rami del diritto –, si deve arrivare solo quando non è più possibile reintegrare l’ordinamento giuridico violato, dopo la commissione dell’illecito, attraverso la rimessione delle cose nel pristino stato. Solo quando la rimessione *ex post* non è possibile materialmente o giuridicamente, ecco che l’ordinamento, se vuole pervenire al risultato che reputa conforme ai suoi fini, può logicamente solo cercare di “prevenire” la commissione dell’illecito attraverso la “minaccia” di una pena in caso di inosservanza dell’obbligo da parte del suo destinatario. Ma se la pena astrattamente minacciata non viene poi effettivamente applicata ed eseguita, ecco che l’effetto di prevenzione generale non raggiunge il suo scopo. Il che evidentemente accade quando, come avviene oggi dopo l’introduzione dell’art. 131 *bis* c.p., si può pervenire in concreto *ex post* all’assoluta impunità degli autori di fatti di reato anche, sia pure in astratto, relativamente gravi, come appunto i delitti previsti dal c.d. codice dei beni culturali.

Quelli fin qui sviluppati sono evidentemente solo alcuni spunti di riflessione che mi sono venuti alla mente sulla base di una lettura, in particolare, del sistema sanzionatorio previsto dal Decreto Legislativo n. 42 del 2004 e dalle relazioni che hanno preceduto questo mio breve intervento.

