

LA TUTELA PENALE DEL PATRIMONIO CULTURALE ITALIANO E IL DETERIORAMENTO STRUTTURALE DEL REATO DELL'ART. 733 C.P.

di Pasquale Troncone

SOMMARIO: 1. Il difficile rapporto tra la tutela del patrimonio culturale italiano e la legge penale. – 1.1. I presupposti ordinamentali. – 1.2. La caotica evoluzione legislativa del settore. – 2. Il reato contravvenzionale di “Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale” e i requisiti di tipicità del fatto. Un reato senza sponde. – 3. I limiti della condizione obiettiva di punibilità integrata dalla connotazione quantitativa del danno al patrimonio nazionale. 4. L’efficientismo penale come impulso all’uso strumentale della fase cautelare in vista di un recupero del bene culturale. – 5. La necessità di superare l’insufficiente assetto strutturale dell’art. 733 c.p. con interventi legislativi minimi.

1. Il difficile rapporto tra la tutela del patrimonio culturale italiano e la legge penale.

Il codice penale italiano, ormai del secolo scorso, oltre al deteriorarsi dei presupposti di attualità denunciati dalla mancanza di sintonia tra le singole fattispecie di reato, la Carta costituzionale italiana e il diritto sovra-nazionale, mostra importanti limiti di applicazione che aumentano la propria rilevanza con il maturare dell’esperienza giurisprudenziale¹.

Il reato di “*Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale*” previsto all’art. 733 c.p. che punisce il proprietario che con dolo o colpa distrugge o danneggia un bene culturale di cui gode il possesso e che sarà oggetto della nostra riflessione, rappresenta nel panorama delle contravvenzioni che chiudono il codice penale una di quelle figure di reato destinate a non essere più oggetto di applicazione giudiziaria per la sua particolare vetustà e per una insuperabile rigidità strutturale. In parte per l’inadeguatezza dell’impianto normativo i cui requisiti di tipicità appesantiscono l’impegno probatorio; per altra parte a causa dell’oggettiva obsolescenza dei requisiti di tipicità che rende la fattispecie difficilmente configurabile. Una stella morta di cui oggi si coglie soltanto l’immagine attraverso la luce diffusa nell’universo molti decenni orsono, ma anche l’occasione per svolgere una breve riflessione su taluni principi regolatori e norme di orientamento della materia penale.

L’eventuale azione giudiziaria che segue alla sua sporadica contestazione segna soltanto un percorso apparente, simbolico, non effettivo, e l’impegno punitivo lascia il

¹ MASTROIANNI R., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in tema di politiche culturali*, in *Riv.trim. di dir.pubbl.*, 1994, I, pag. 82. ASSINI N. – CORDINI G., *I beni culturali e paesaggistici. Diritto interno, comunitario comparato e internazionale*, Padova, Cedam, 2006. FERRI D., *La costituzione culturale dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2008.

campo alla liceità di comportamenti contro il patrimonio culturale italiano che, in realtà, presentano un'elevata carica lesiva rispetto al bene giuridico protetto.

Tuttavia, il composito e articolato quadro delle componenti costitutive il patrimonio della cultura italiana non può non essere oggetto di iniziative di tutela giuridica, attraverso la predisposizione di meccanismi di protezione che scattano per difenderne l'appartenenza allo Stato italiano e la individuale integrità e riconoscibilità, anche attraverso il ricorso, come *extrema ratio*, alla previsione di fattispecie di reato in grado di garantire oggettiva, tempestiva e sicura effettività².

L'art. 733 c.p., che non trova alcun riscontro nel codice penale Zanardelli del 1889, si presenta, in buona sostanza, come una norma che dal punto di vista politico criminale sconta il tasso dell'enfasi normativa del momento storico in cui viene alla luce il codice penale attuale, incline più ad amplificare la portata propagandistica e l'importanza ideologica del patrimonio culturale, piuttosto che fornire risposte concrete contro l'opera di deterioramento del valore del bene innescata dal suo proprietario.

Peraltro, il percorso normativo dell'intervento penale in materia di beni culturali si snoda in una serie di fattispecie di reato, incardinate in origine nel codice penale e poi disseminate nella legislazione speciale, ma registra l'assenza di una disciplina organica di riferimento che possa stabilire dei criteri guida per uno sviluppo legislativo coerente e sistematico. Urgenza tanto più avvertita oggi alla presenza di un patrimonio culturale che con la quotidiana scoperta di nuovi reperti e opere d'arte è notevolmente cresciuto rispetto al 1930 e anche per rendere tutto il complesso dei beni culturali fruibile alla potenziale platea mondiale dei visitatori, al fine di conseguire un ritorno anche in termini economici per il PIL nazionale³.

1.1. I presupposti ordinamentali.

Un patrimonio culturale così ingente e prezioso come quello italiano, definito in questo modo dalle ultime statistiche mondiali curate dall'UNESCO, e il possesso di un patrimonio artistico, in particolare, che dovrebbe costituire i due terzi delle risorse planetarie, non può lasciare indifferenti gli strumenti di tutela apprestati dalla legge

² CARAMAZZA I. F., *In tema di repressione penale dei danneggiamenti recati al patrimonio storico, artistico ed archeologico nazionale*, in *Rass. Avv. Stato*, 1966, 1, pag. 744. DI GIOVINE G., *Appunti sulla tutela degli immobili di interesse artistico o storico*, in *Riv. giur. edil.*, 1971, pag. 697. BELLACOSA M., *Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale (tutela penale del)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, pag. 1. CARRA D., *Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale. Vol. XI Le contravvenzioni*, a cura di Cadoppi A., Canestrari S., Papa M., Manna A., UTET, Torino, 2012, pag. 558. LA GRECA G., *Il danneggiamento al patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale (commento)*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, UTET, Torino, 1996, pag. 525.

³ Va ricordato che l'art. 14 della legge n. 127 del 1997 consente l'estinzione del debito tributario, come pagamento totale o parziale, anche attraverso la cessione allo Stato di beni culturali così come individuati nella legge n. 1089 del 1939.

penale a interessi o beni giuridici particolarmente rilevanti per la collettività e per la crescita della vita sociale.

Il trattato internazionale sulla Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale, ratificato nel 1972 dalla Conferenza generale dell'UNESCO, attualmente sottoscritto da circa 175 Stati membri, ha il compito di definire il patrimonio mondiale elaborando un dettagliato elenco dei siti di eccezionale valore per l'intera umanità. In questo modo, sottoscrivendo la Convenzione, i singoli Stati si impegnano a garantire la tutela degli ambiti territoriali, in modo che la loro conservazione per le future generazioni assuma un ruolo di responsabilità condivisa dall'insieme della comunità internazionale.

I beni che per effetto della Convenzione internazionale appartengono al patrimonio culturale mondiale sono: i monumenti, gli insediamenti e i siti aventi valore storico, estetico, archeologico, scientifico, etnologico o antropologico. I siti riconosciuti in Italia sono per il momento 51 (destinati ad aumentare con le nuove prevedibili scoperte) sparsi sull'intero territorio nazionale. Vi sono inoltre i siti naturali che si caratterizzano per particolari caratteristiche fisiche, biologiche e geologiche, nonché l'*habitat* di specie animali e vegetali in pericolo e aree di particolare valore scientifico ed estetico. Infine, il patrimonio artistico, quello generato dalla particolare capacità di produzione di opere d'arte da parte dell'uomo (anche quelle che saranno create negli anni a venire), oltre alle testimonianze della tradizione antropologica che comprendono il vissuto storico della popolazione sul territorio.

Peraltro, il tratto di giuridica rilevanza del complesso dei beni architettonici, artistici e archeologici è direttamente profilato dalla nostra Carta costituzionale che con il secondo comma dell'art. 9 stabilisce che la Repubblica: "*Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*"⁴. E che il valore enucleato appartenga a quella gamma dei valori primari della Repubblica è stato ribadito già da tempo dalla Corte Costituzionale in una pronuncia del 1986 in cui è affermato che: "*Una tutela così concepita è aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario (cfr. sentenze di questa Corte n. 94 del 1985 e n. 359 del 1985), cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro*"⁵.

Il rilievo costituzionale conferito in forma così specifica e diretta al patrimonio culturale nel suo complesso stabilisce il fondamento di valore dell'obbligo di tutela penale che in un sistema costituzionalmente orientato, legittima l'impiego del diritto penale⁶. Non v'è dubbio che uno dei formanti originari della convivenza civile su cui si

⁴ SANDULLI A. M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, pag. 170. PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, Le libertà civili e politiche*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, II, pag. 381. MERUSI F., *Commento all'art. 9 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, I, pag. 441.

⁵ Corte Cost., Sent. n. 151 del 24 giugno 1986, in www.cortecostituzionale.it. PELILLO A.R., *I beni culturali nella giurisprudenza costituzionale: definizioni, poteri, disciplina*, in *Aedon*, 2, 1998 pag. 35. MARINI F.S., *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁶ BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 15-16. MANTOVANI F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, Vol. IV, 1977, pag. 447. PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, pag. 484. Sul

basa la Costituzione italiana è certamente l'enorme rilevanza delle componenti che rappresentano il portato delle tradizioni culturali su cui è sorta la Nazione italiana, componenti che si possono evidenziare individualmente in storiche, artistiche, archeologiche, letterarie e scientifiche⁷.

La prima importante questione che pone al centro il tema della tutela del patrimonio culturale è la complessità delle fonti che, oltre a presentarsi multilivello – quelle statali e sovranazionali – e ad appartenere a epoche sensibilmente diverse – quelle dei passati regimi e quelle repubblicane –, finiscono per tratteggiare un profilo di differenziazione tra istanze di tutela amministrativa e istanze di tutela penale.

Il problema più controverso è naturalmente la verifica di efficacia delle norme penali che, seppure aggiornate progressivamente soprattutto nella stagione repubblicana, affondano la propria radice generativa nel codice penale del 1930 e da quell'epoca traggono il maggior tratto identificativo. Ambito normativo in cui la Costituzione, di là da venire, detterà uno sfondo teleologico del tutto nuovo cui non sempre riesce ad armonizzarsi la finalità punitiva della singola norma codicistica, così come non sempre risponderà a plausibile razionalità la struttura del fatto punibile. Molte norme, tra cui quella dell'art. 733 c.p. di cui discutiamo, mostrano una decisa inadeguatezza applicativa semplicemente perché con il tempo taluni elementi di tipicità del fatto hanno subito rilevanti alterazioni ermeneutiche di ordine quantitativo e qualitativo.

Senza volere anticipare il controverso tema dell'effettività punitiva del reato di danneggiamento del patrimonio culturale, è sufficiente per il momento rilevare che le scoperte archeologiche, l'arricchimento del catalogo delle opere del patrimonio artistico e la stratificazione delle vicende storiche spingono il contenuto di quella disposizione oltre il limite per cui era stata progettata, fino a renderla attualmente del tutto inoperante. Questa, infatti, è la tesi che si sosterrà: l'art. 733 c.p. per effetto della sua implosione strutturale è divenuta una norma inapplicabile e, dunque, implicitamente abrogata dal tempo – seppure non per desuetudine, caratterizzata da condizioni costitutive dei suoi connotati di tipicità che sono profondamente mutate e divenute inattuali.

piano delle fonti sovranazionali e soprattutto di rango europeo la questione degli obblighi di incriminazione si pone in maniera implicita, non avendo l'Istituzione europea potestà di legiferare in materia penale. Sul tema: DONINI M., [Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *questa Rivista*, ; SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2002, pag. 171. PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa, 2009; VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2011, vol., II, 2645. Per il quadro normativo contiguo tra patrimonio ambientale e patrimonio culturale, si rinvia a VAGLIASINDI G.M., *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011. Circa l'antinomia che sconta l'eccesso di penalizzazione, si veda GULLO A., [Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE](#), in *questa Rivista*, 10 febbraio 2016.

⁷ CANTUCCI M., *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico o storico*, Padova, Cedam, 1953.

1.2. La caotica evoluzione legislativa del settore.

La materia del patrimonio culturale integra uno specifico oggetto di disciplina del diritto amministrativo che fin dall'unità d'Italia ha tenuto conto dell'importanza della sua tutela ma soprattutto del regime di gestione di tutti i beni culturali esistenti, riportando la *summa divisio* tra beni di proprietà di privati e quelli appartenenti agli Enti pubblici⁸. I due settori, non a caso, sono regolati in maniera sostanzialmente diversa, poiché la vigilanza sul possesso e sulla conservazione del patrimonio culturale vede soggetti obbligati diversi e soprattutto differenti modalità degli interventi di tutela.

La prima legge organica di settore prende il nome dal suo proponente Rosaldi Nava la n. 364 del 1909 anche se non si erano fatti attendere interventi legislativi specifici negli anni precedenti con una prima legge la n. 2359 del 1865 e la n. 1461 del 1883.

La legge n. 364/1865 all'art. 5 prevedeva che il proprietario dovesse ricevere la notifica del provvedimento con cui lo Stato istituiva un vincolo di destinazione sul bene culturale di cui godeva il privato possesso, mentre all'art. 7 stabiliva che: *“Le cose di che all'art. 5, siano mobili o immobili, qualora deteriorino o presentino pericolo di deterioramento e il proprietario non provveda ai necessari restauri in un termine assegnatogli dal Ministero dell'istruzione pubblica, potranno essere espropriate. Il diritto di tale espropriazione spetterà oltre che allo Stato, alle provincie ed ai comuni, anche agli enti che abbiano personalità giuridica e si propongano la conservazione di tutte le cose in Italia, ai fini della cultura e del godimento pubblico”*.

In questa norma appare per la prima volta l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, utilizzata in chiave sanzionatoria piuttosto che per ragioni di pubblico interesse, e questa previsione servirà proprio a comprendere i motivi per cui anche il legislatore penale ha conservato la sanzione reale, seppure configurandola come una misura di sicurezza patrimoniale – *sub species* confisca facoltativa –, nell'ambito dell'art. 240 c.p.

Da questi primi interventi legislativi emerge chiara l'intenzione di dotare l'ordinamento giuridico di principi di diritto dalla cui fermezza espressiva e solidità prescrittiva dipenda il riconoscimento del diritto dello Stato di accreditarsi come unico titolare (seppure non sempre proprietario e possessore) del patrimonio culturale e di conseguenza conferire alle diverse istituzioni statali poteri di intervento per la tutela, la sorveglianza e la conservazione dei singoli beni culturali. La novità del complessivo intervento normativo è costituita dal fatto che per la prima volta viene apposto un vincolo di destinazione sulla proprietà privata, dettato da esigenze di pubblico interesse, per cui il bene culturale non appartiene più esclusivamente al proprietario

⁸ Ulteriore passaggio segnato dalla legislazione che evolve è l'autonomia concettuale del diritto dei beni culturali rispetto al complesso normativo del diritto amministrativo, cfr. GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1976, pag. 4.

che ne è il semplice possessore-custode, seppure con poteri di gestione e alienazione, facoltà entrambi condizionate dall'esistenza di una espressa autorizzazione statale.

La categoria del pubblico interesse che connota il libero godimento del patrimonio culturale italiano diventa il presupposto anche per interventi di tipo repressivo nei confronti del proprietario-possessore che violasse il vincolo di destinazione, in particolare attraverso il già menzionato strumento dell'espropriazione per pubblica utilità. Si vedrà più avanti che questa vera e propria forma di sanzione reale – sottrazione del bene al privato che viene incamerato dallo Stato – costituisce uno degli attuali profili problematici per individuare la natura giuridica della confisca del bene in materia penale, anche con specifico riferimento al II comma dell'art. 733 c.p.⁹.

Nel percorso storico-legislativo vi è tuttavia un altro pilastro fondamentale chiamato a tutelare direttamente gli immobili di interesse storico e costituisce il primo intervento normativo in questo nuovo orizzonte da parte dello Stato italiano, si tratta della legge n. 778 dell'11 giugno 1922, *“Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico”*¹⁰. In questo caso però l'intervento repressivo dello Stato è previsto solo nel caso di distruzione o deturpamento del bene immobile vincolato e la sanzione pecuniaria in caso di inosservanza è quella di conio amministrativo, salvo l'intervento della giurisdizione penale nel caso si configuri una ipotesi di reato.

L'intera materia dei beni culturali anche in età repubblicana è stata oggetto di provvedimenti legislativi che hanno avuto il pregio di circoscrivere con precisione la categoria del bene culturale, dettagliandone il regime giuridico, la gestione e le forme di alienazione, e soprattutto riconoscendone quella rilevanza giuridica che la stessa Costituzione vi conferisce, orientando la complessiva categoria a funzione e scopo di utilità sociale e culturale¹¹.

Il primo provvedimento in materia è il *“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali”* varato con Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490; il secondo, che abrogherà in parte il precedente, recependo istanze di tutela di maggior dettaglio, è quello attualmente vigente *“Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”* varato con Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42¹².

Questo Codice ha il pregio di aver posto in premessa che: *“In attuazione dell'art. 9 della Costituzione, la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale in coerenza con le attribuzioni di cui all'articolo 117 della Costituzione e secondo le disposizioni del presente codice”*, anche se con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che ha introdotto significative *“Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”* è mutato il regime

⁹ Si anticipa soltanto che il tema è diventato di scottante attualità per effetto delle fonti giurisprudenziali di produzione europea in materia di misure ablativo reali, come sottolineato da MUZZICA R., [Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?](#), in *questa Rivista*, 23 novembre 2015.

¹⁰ Pubblicata in G.U. n. 148 del 24 giugno 1922.

¹¹ ROLLA G., *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le regioni*, 1987, fasc. 1-2, pag. 54.

¹² Pubblicato in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004, s.o. n. 28. AA. VV., *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, Giappichelli, Torino, 2005.

dei beni culturali divenuti oggetto di legislazione concorrente tra lo Stato – che ne detta i principi di fondo – e le Regioni che ne hanno potestà normativa diretta¹³.

Si può a questo punto con certezza affermare che i beni culturali, non solo ricevono diretta tutela dall'ordinamento, ma il loro regime è strutturato in modo tale da essere esclusivamente funzionale a esigenze di interesse pubblico in chiave di solidarietà sociale con il superamento della visione egoistica di origine proprietaria tipica della legislazione codicistica dell'epoca liberale che ne impediva una fruizione collettiva. Su questo aspetto appare particolarmente chiara la prescrizione stabilita all'art. 111 del "Codice dei beni culturali e ambientali": "4. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale".

La stessa giurisprudenza ha segnalato che ormai la fattispecie dell'art. 733 c.p. costituisce "un presidio esterno al sistema di tutela" rispetto al settore normativo centrale sancito dal "Codice dei beni culturali e ambientali" che avrebbe dovuto assumere – ma così non è stato – il ruolo di unica mappa normativa a orientare il giudice penale¹⁴.

Il codice penale, infatti, in linea con legislazione del 1930 non prevede un'apposita classe di reati posti a tutela del patrimonio culturale, nonostante da tempo si auspichi un suo inserimento in occasione di un'organica riforma dell'intera parte speciale¹⁵. Il disagio di una lacunosa opera di protezione penale si avverte in modo evidente nelle ipotesi, purtroppo sempre più diffuse, di furto di opere d'arte che non trova una fattispecie esattamente corrispondente al fatto concreto e si è costretta a ripiegare lo strumento punitivo forzando il quadro complessivo di tipicità dell'art. 624 c.p., facendola rientrare nell'ipotesi dell'aggravante prevista al n. 7 dell'art. 625 c.p.: "se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o 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;"¹⁶.

La mancanza di una norma di riferimento che stabilisca il livello di aggressione qualificando il fatto illecito come delitto è una grave carenza di ordine sistematico per la tutela penale dell'intera categoria dei beni culturali che rende insufficiente l'istanza di protezione espressa dalla previsione di semplici ipotesi contravvenzionali. Gli esempi immediati sono le figure di reato delineate negli artt. 733 e 734 c.p. i cui precetti meritano di essere opportunamente riformulati per offrire una sicura tutela a fatti

¹³ Pubblicata nella G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001. TAMIOZZO R., *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁴ CASS. pen., Sez. III, Sent. n. 3624 del 22 gennaio 1999, in *www.cassazione.it*.

¹⁵ MOCCIA S., *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv.it.dir.e e proc.pen.*, 1993, pag. 1294.

¹⁶ Per le linee generali della figura di reato si rinvia a PECORELLA G., *Furto comune*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 329. Sulla specifica questione del furto aggravato e sulla sostenibilità di una efficacia autonoma dell'incriminazione importante è la riflessione di DEMURO G.P., *Un proposta di riforma dei reati contro i beni culturali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2002, pag. 1358: "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". Per colmare un vuoto di tutela è stato presentato un disegno di legge governativo di riforma dei reati contro il patrimonio culturale, "[Il Consiglio dei Ministri approva un disegno di legge delega](#)" con nota di G.L. GATTA, in *questa Rivista*, 26 settembre 2011, reiterato dal Governo il 23 luglio 2015.

concreti di assoluta rilevanza sociale e culturale che le due norme non riescono in alcun modo a garantire.

2. Il reato contravvenzionale di “Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale” e i requisiti di tipicità del fatto. Un reato senza sponde.

Si tratta di una figura di reato che contiene in sé una profonda contraddizione che la rende allo stesso tempo singolare e di difficile collocazione concettuale¹⁷. Il tratto rilevante si coglie nel fatto che il proprietario di un bene connotato da culturalità ne ha semplicemente una “custodia qualificata dal possesso” e, diversamente dal libero diritto di vedere anche distrutto un proprio bene, in questo caso chi lo detiene ha l’obbligo di conservarlo integro nell’interesse della collettività. Non potrà mai essere riconosciuta, dunque, la scriminante dell’art. 50 c.p. poiché si tratta di un bene solo relativamente indisponibile.

Una prima considerazione sulla fattispecie dell’art. 733 c.p. concerne il “peso” penale della forma dell’illecito. La natura di semplice contravvenzione, punita peraltro con pena alternativa, offre la possibilità di svolgere una serie di riflessioni che concernono la struttura del fatto incriminato e l’effettività dell’incriminazione, oltre naturalmente a sollecitare l’opportuna verifica sulla sintonia costituzionale dell’intervento punitivo.

La disposizione codicistica denuncia a una prima lettura la sua obsolescenza e una debolezza strutturale che, probabilmente, era già tipica al momento della sua entrata in vigore¹⁸. Una norma dal forte carattere simbolico che, nel quadro concettuale della punibilità dei codici liberali, rappresentava il supporto sanzionatorio a un presidio prescrittivo originario di natura amministrativa. Non a caso l’opzione contravvenzionale dell’incriminazione è in linea di coerenza con i provvedimenti legislativi in materia di patrimonio culturale, una forma di punizione più significativa che autonomamente non avrebbe rivestito alcun peso specifico proprio. Peraltro, non si coglie neppure il profilo di dannosità della condotta per la rilevanza che il bene culturale, a qualunque categoria esso appartenga, assume nella sua funzione sociale ma conta solo il fatto che risulta semplicemente inserito in un elenco di beni sottoposti a sorveglianza statale ovvero che sia noto il suo profilo “culturale”. Un diritto penale sanzionatorio, dunque, sprovvisto di un significato di valore individuale che lo renda funzionale al disegno costituzionale di valorizzazione di un bene destinato al godimento collettivo e, sotto il profilo della pena, sfornito della finalità d’integrazione

¹⁷ PIOLETTI G., *Patrimonio artistico e storico nazionale (reati contro il)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, XXXII, 1982, pag. 386. BENINI S., *Circa il danneggiamento di beni culturali*, in *Foro it.*, 1999, II, 7.

¹⁸ Severa critica è espressa da MANTOVANI F., *Lineamenti della tutela del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pag. 77. E ancora MANES V., *La tutela penale*, in *Il diritto dei beni culturali*, a cura di Barbati, Cammelli, Sciuolo, Bologna, 2006, pag. 262.

sociale e caratterizzata unicamente da una formale stigmatizzazione ordinamentale¹⁹.

Il percorso dovrebbe essere inverso, partire dalla constatazione del valore intrinseco di cui è portatore quel bene per poi assegnargli un ruolo di finalità sociale che prescindendo dall'apposizione di un vincolo formale che lo renda rilevante ma che sia la funzione collettiva a qualificarlo come significativo. In breve: partire dalla constatazione di un valore assoluto per relativizzarne l'uso e la destinazione, secondo principi di responsabilità consapevole e condivisa.

Al di là del fondamento di valore cui attinge la fattispecie dell'art. 733 c.p. a denunciarne gli intrinseci limiti sono gli stessi requisiti di tipicità che la rendono di fatto assolutamente inapplicabile, un vuoto punitivo giustificato dalla simbolicità dell'incriminazione. Va registrato, tuttavia e in controtendenza, che la giurisprudenza penale – come si vedrà – spesso si affida a questa fattispecie di reato, in assenza di altri presidi di tutela, e soprattutto al suo insospettabile potenziale cautelare che consente di adottare la misura del sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) del bene culturale, al fine di salvaguardarlo o di sollecitare in questo modo, indirettamente, il suo pieno recupero.

L'art. 733 c.p. stabilisce: *“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”*.

Il precetto normativo declina la condotta punibile unicamente in chiave finalistica come illecito di condotta commissiva (ma solo apparentemente tale) e di danno, un modello di incriminazione che si allontana da quello adottato dal legislatore con il *“Codice dei beni culturali e ambientali”* e in realtà da tutta la legislazione speciale in materia che fonda la punibilità essenzialmente su reati di pericolo astratto, evidente soluzione per anticipare aggressioni distruttive. In questo caso il danno deve essere concreto, riscontrabile, addirittura evidente, sia che si tratti di distruzione sia di perdita dell'integrità strutturale del bene che, anche per un semplice graffio, ne potrebbe risultare compromessa la sua bellezza artistica. Tuttavia, un evento lesivo concretamente verificabile che si traduca in un'oggettiva perdita di integrità strutturale e, dunque, di valore.

La norma, inconsapevolmente, presenta una sua modernità sul versante della individuazione della categoria dei soggetti agenti. Prescindendo dalle tradizionali categorie proprietarie nella loro collocazione patrimonialistica, il reato appartiene alla classe dei reati propri con qualifica soggettiva diffusa, a partire dal proprietario per finire al comodatario, vale a dire chi oggettivamente sta godendo della disponibilità piena del bene²⁰. E che possa trattarsi di una disponibilità diffusa o collettiva, in

¹⁹ PATALANO V., *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 634. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992, pag. 268.

²⁰ In questo senso ZANOTTI M., *L'art. 733 c.p. e la tutela del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale*, in *Cass. pen.*, 1997, 1345. MACCARI A.L., *Brevi riflessioni in tema di soggetti attivi della contravvenzione di cui all'art. 733 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1993, II, pag. 516. In giurisprudenza, ormai con orientamento consolidato,

ragione della funzione sociale del bene culturale e quindi bene comune, è una conclusione assolutamente plausibile²¹. Ne è conferma il fatto che il precetto scioglie il nodo che lega la dimensione proprietaria alla categoria dell'agente, individuando in premessa il "chiunque" e non una specifica qualifica soggettiva, che poi recupererà soltanto con la locuzione "cosa propria".

Questa interpretazione, a nostro avviso, è solo apparentemente estensiva e collidente con il principio di legalità sotto la veste della tassatività, poiché la funzione sociale del bene e soprattutto il principio di solidarietà che ne indirizza l'orientamento costituzionale, chiama in causa la categoria dei garanti dell'integrità del bene nell'interesse collettivo e non semplicemente il "proprietario" che potrebbe non avere la signoria sulla cosa. Del resto la forte limitazione della proprietà privata va intesa come una sorta di socializzazione della fruizione del bene culturale in una prospettiva di relativizzazione della gestione e della riconducibilità. Mai, infatti, come in questo caso la funzione interpretativa del bene giuridico risolve il dubbio della "categoria aperta" dei soggetti agenti e indirizza l'applicazione della norma nel senso più conforme alle aspettative di tutela sociale dei beni culturali, per cui il bene giuridico: "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"²².

Il primo punto controverso investe la natura della condotta che solo apparentemente sembra catalizzare la forma commissiva, poiché nell'ipotesi del danneggiamento declina la circostanza in un "comunque" danneggia, facendo intuitivamente intendere che anche al condotta omissiva è utile per integrare l'illecito. Ed infatti, non vi è ragione per ritenere che sul piano strettamente letterale il legislatore abbia posto in combinazione la distruzione e il deterioramento come prodotto di una condotta di fare e l'amplissimo ventaglio dell'evento di danneggiamento come unica ipotesi di omettere di astenersi dal compiere le opere necessarie utili alla conservazione del bene²³. Appare, dunque, evidente la specifica rilevanza della formula di equivalenza della causalità omissiva stabilita all'art. 40 cpv c.p., così che non impedire un evento dannoso per il bene che si ha l'obbligo giuridico di impedire, data la custodia qualificata e responsabile che spetta al possessore, equivale a cagionarlo.

Peraltro, a rafforzare l'ipotesi della forma anche omissiva della condotta,

CASS. pen., Sez. III, sent. n. 42893 del 24 ottobre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 3057. Contra PALLADINO P., *Art. 733 c.p.: ancora in tema di soggetti attivi e di rapporti con altre norme*, in *Cass. pen.*, 2000, 55.

²¹ Concezione già convincentemente acquisita come afferma GIANNINI M. S., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pag. 3.

²² CASS. pen., Sez. III, Sent. del 12 maggio 1993, in *Giust. pen.*, 1994, II, 310.

²³ La giurisprudenza milita coerentemente in tale senso, come viene confermato da un interessantissimo caso che ha visto al centro dell'indagine penale un edificio storico esistente nella città di Napoli. Si tratta di "Palazzo Penne", monumento edificato nel 1406, unico caso di immobile conservato del periodo "angioino-durazzesco" in città, la cui pessima conservazione strutturale e addirittura statica era da ascrivere ai privati che ne erano stati proprietari nel corso degli ultimi seicento anni e in ultimo a un Ente pubblico che l'aveva concesso in comodato a terzi. La decisione di assolvere gli imputati dal reato di cui all'art. 733 c.p., contestato in forma omissiva, è del GM del Tribunale penale di Napoli, Sent. n. 6221/13 del 19 aprile 2013 (*inedita*).

soccorre anche la natura contravvenzionale del reato che conferma la possibilità di configurare alternativamente il fatto come offesa di tipo doloso o colposo.

Tuttavia, il rimprovero di illiceità per la colpevolezza della condotta tenuta discende direttamente dalla consapevolezza di conoscere “il rilevante pregio” culturale della cosa propria²⁴. Posta in questi termini la questione, data la sua assoluta genericità informativa, si deve ritenere che non sia indispensabile l’esistenza formale di vincolo deliberato dall’autorità amministrativa e poi notificato al proprietario, ma è sufficiente che per la notorietà del bene, quantomeno, sia notorio il suo particolare pregio.

Si tratta senza dubbio di un terreno di indagine particolarmente scivoloso che rende incerta anche la fondatezza dell’imputazione soggettiva che investe, in termini di precisione della norma, la necessità che sul piano probatorio in ambito processuale si possa provare l’assunto sulla conoscenza del fatto e il grado di colpevolezza della condotta.

Il requisito della qualifica soggettiva dell’agente come elemento di tipicità del precetto, per vero, designava anche l’autonomia della fattispecie penale del danneggiamento qualificato dell’art. 733 c.p. rispetto al delitto di danneggiamento comune previsto all’art. 635 c.p.: *“Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire seicentomila”* e soprattutto per una significativa modifica intervenuta, prima con l’art. 13, L. 8 ottobre 1997, n. 352 e poi con la lettera a) del comma 2 dell’art. 3, L. 15 luglio 2009, n. 94 che ha introdotto una circostanza aggravante significativa in materia di beni culturali: *“La pena è della reclusione da sei mesi a tre anni e si procede d’ufficio, se il fatto è commesso: (...)*

*3. su edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all’esercizio di un culto, o su cose di interesse storico o artistico ovunque siano ubicate o su immobili compresi nel perimetro dei centri storici ovvero su immobili i cui lavori di costruzione, di ristrutturazione, di recupero o di risanamento sono in corso o risultano ultimati, o su altre delle cose indicate nel n. 7 dell’articolo 625”*²⁵.

Il limite applicativo delle due ipotesi di reato resta comunque segnato dal profilo di specialità che investe tre elementi costitutivi del fatto ossia che la cosa sia propria dell’agente, che abbia una connotazione di culturalità e che l’agente ne abbia consapevolezza, oltre alla sussistenza del requisito del “nocumento al patrimonio culturale”, per cui nel possibile concorso apparente di norme con i delitti della legislazione speciale prevarrà la fattispecie contravvenzionale dell’art. 733 c.p. rispetto a quella delittuosa. Anche da questo punto di vista il profilo di una politica criminale costituzionalmente orientata appare fortemente offuscato, in ragione di opzioni che privilegiano l’applicazione di interventi punitivi meno severi e inadeguati rispetto alla

²⁴ In questo caso il terreno di indagine si focalizza sul requisito soggettivo del fatto o meglio sulla consapevolezza di conoscere la caratteristica qualificante del bene, si veda CACCIAVILLANI, *Conoscenza del pregio e affidamento sul non pregio indotto dalla P.A. Limiti soggettivi del reato di danneggiamento al patrimonio artistico*, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 985.

²⁵ MORGANTE G., *Nuove tecniche repressive nei confronti delle condotte di aggressione al patrimonio culturale*, *Leg. pen.*, 1998, pag. 627.

assoluta rilevanza dei diversi interessi tutelati in gioco.

Sul piano generale della politica legislativa anche l'introduzione di una specifica aggravante all'art. 635 c.p. è il segno di una iniziativa che continua a produrre discontinuità nella categoria delle figure di reato poste a tutela di beni culturali, senza alcun provvidenziale intervento di armonizzazione sistematica. Al punto che, contemporaneamente e soltanto in ragione di uno sforzo per rinvenirne impalpabili differenze, tre di esse presentano interferenze normative che rendono incerto il confine applicativo di ciascuna. Si tratta dell'art. 733 c.p. (contravvenzione); dell'art. 635, n. 3, c.p. (delitto); e dell'art. 169 del "*Codice dei beni culturali e del paesaggio*"; tutte ipotesi di reato riconducibili al concetto polisemico di danneggiamento di beni culturali²⁶.

Senza entrare nello specifico di ciascuna è sufficiente rilevare che il profilo di specialità unilaterale dell'art. 733 c.p. emerge soprattutto perché trattasi di "*cosa propria*" di un privato²⁷.

In questo moto perpetuo di una legislazione che non trova solido approdo, va aggiunto che la recente iniziativa di depenalizzazione dei reati minori con il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016 "*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*" investe proprio la fattispecie del danneggiamento comune, la cui fattispecie base è stata depenalizzata, ma non l'ipotesi aggravata che continua a mantenere la sua condizione di illecito penale²⁸.

²⁶ L'articolo 169 stabilisce in rubrica "*Opere illecite*" e prevede: "*1. 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, tabernacoli ed altri ornamenti di edifici, esposti o non alla pubblica vista, anche se non vi sia stata la dichiarazione prevista dall'articolo 13; c) chiunque esegue, in casi di assoluta urgenza, lavori provvisori indispensabili per evitare danni notevoli ai beni indicati nell'articolo 10, senza darne immediata comunicazione alla soprintendenza ovvero senza inviare, nel più breve tempo, i progetti dei lavori definitivi per l'autorizzazione. 2. La stessa pena prevista dal comma 1 si applica in caso di inosservanza dell'ordine di sospensione dei lavori impartito dal soprintendente ai sensi dell'articolo 28*".

²⁷ Il concorso apparente di norme, infatti, trova la sua soluzione nel principio di specialità che risolve il conflitto a favore dell'art. 733 c.p. in ragione dell'appartenenza privata del bene: "*Integra la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 733 cod. pen., e non il delitto di danneggiamento aggravato, la condotta di danneggiamento di beni di valore archeologico che siano in proprietà del soggetto agente*", in CASS. pen., Sez. II, Sent. n. 16893 dell'11 aprile 2007, in *www.cassazione.it*. Principio definitivamente confermato dalla giurisprudenza di legittimità anche con CASS. pen., Sez. III, Sent. n. 15992 dell'8 aprile 2013, in *www.cassazione.it*. Per quanto concerne invece il concorso dell'art. 733 c.p. con l'art. 59 della legge n. 1089 del 1939 (ora divenuto art. 169 del Codice dei beni culturali e del paesaggio), già prevaleva la norma speciale del primo reato in CASS. pen., Sez. IV, Sent. del 10 aprile 1979, in *Foro it.*, 1981, II, 18. Nella storia della giurisprudenza formatasi sulla individuazione della categoria del titolare e proprietario del bene, che rende del tutto autonoma la fattispecie di reato dell'art. 733 c.p., va registrata l'annosa questione giudiziaria che vide al centro la controversa vicenda della pavimentazione di Piazza della Signoria a Firenze. In un primo momento si ritenne di applicare tale ipotesi di reato, si veda PRETURA DI FIRENZE, 19 giugno 1990, in *Foro it.*, 1992, II, pag. 374, con nota di S. Benini, successivamente la Suprema Corte di Cassazione, Sez. II, 4 novembre 1993, in *Foro it.*, 1994, II, pag. 137, condividendo il contrario avviso della Corte di Appello di Firenze, ritenne di escluderlo a favore dell'applicazione dell'art. 635 c.p.

²⁸ Pubblicato in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

3. I limiti della condizione obiettiva di punibilità integrata dalla connotazione quantitativa del danno al patrimonio nazionale.

Il requisito del precetto illecito, anche se non costitutivo del fatto, più significativo e allo stesso tempo dotato di portata condizionante l'operatività della norma è stabilito con la condizione obiettiva di punibilità stabilita con l'inciso: "se dal fatto deriva un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale"²⁹.

Nell'economia generale della fattispecie e in particolare sotto il profilo della qualificazione di ciascun elemento di tipicità la condizione obiettiva di punibilità risponde esattamente alla funzione assegnata dall'art. 44 c.p., per cui, pur prescindendo dall'incidenza dell'elemento soggettivo del reato, finisce per essere il vero requisito condizionante l'operatività del reato contravvenzionale. Al punto da costituire la vera ragione della inapplicabilità in concreto della norma e della sua insospettata simbolicità incrementata con il passare del tempo.

Senza alcun dubbio Ferrando Mantovani aveva colto esattamente nel segno quando affermava che si tratta di una "contravvenzione gigante di rara verifica pratica, richiedendo i tre rigorosi estremi del "rilevante pregio artistico" della cosa danneggiata, della conoscenza dei tale rilevanza da parte dell'agente e, addirittura, del "nocumento al patrimonio artistico nazionale"", volendo intendere che la condizione obiettiva andava declinata, e siamo certi che non potrebbe essere diversamente, in un'ottica quantitativa nel rispetto del principio di legalità sostanziale³⁰. Occorre sottolineare, infatti, che la portata letterale della norma vincola l'interprete, laddove non viene indicato il solo

²⁹ Sul punto: "Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 733 c.p. (Danneggiamento del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) occorre verificare se dal fatto sia derivato un danno al patrimonio archeologico nazionale, atteso che tale nocumento costituisce una condizione obiettiva di punibilità", in CASS. pen., Sez. III, Sent. n. 4001 del 29 novembre 2000, in *www.cassazione.it*. La letteratura sulle condizioni obiettive di punibilità è particolarmente vasta, si veda VANNINI O., *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Studi sen.*, 1929. BATTAGLINI E., *Un capo nelle tempeste. Le condizioni oggettive di punibilità*, in *Riv. pen.*, 1941, pag. 197 e ss. GIULIANI U., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Cedam, Padova, 1966. RAMACCI F., *Le condizioni obiettive di punibilità*, Jovene, 1971, pag. 12 e ss. NEPPI MODONA G., *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, pag. 234 e ss. DURIGATO L., *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Ind. pen.*, 1980, pag. 419 e ss. MORMANDO V., *L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, pag. 610 e ss. DONINI M., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 592 e ss. NEPPI MODONA G., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, pag. 1 e ss. D'ASCOLA V.N., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Esi, Napoli, 2004.

³⁰ MANTOVANI F., *Lineamenti della tutela del patrimonio artistico cit.*, pag. 77. Non vi è dubbio che il concetto di nocumento rappresenta per il diritto penale contemporaneo un vero e proprio rompicapo poiché lo sforzo esegetico si arresta di fronte alla concreta verifica di un parametro quantitativo che alla fine rende la norma penale ineffettiva e simbolica, come accade per molte fattispecie del diritto penale dell'economia pubblica e dell'illecito trattamento di dati personali. CASS. pen., Sez. III 19 marzo 1999, con nota di LAZZARI C., *L'art.733 C.P., una norma priva di virtualità applicativa*, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 2256. DEMURO G.P., *Il dolo. II - Accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 327 (in nota). DEMURO G.P., *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 89.

“nocumento al patrimonio”, ma “se dal fatto deriva nocumento” come conseguenza eziologica da rapportare al contesto di appartenenza dell’oggetto materiale. In questo modo il giudice è tenuto a verificare, non soltanto che vi sia stato un evento di danno concreto sofferto dal bene, di cui l’agente aveva piena consapevolezza della sua natura culturale come una componente costituente il patrimonio nazionale, ma se quel danno inferto o anche colposamente non impedito sia tale da avere compromesso in maniera irrimediabile l’integrità e il valore complessivo del patrimonio nazionale³¹.

L’inquadramento della condizione obiettiva nello spaccato di effettività della fattispecie coglie il senso profondo dell’inadeguatezza della norma sotto il profilo politico criminale e una insanabile contraddizione concettuale, poiché designa il livello minimo di offensività che occorre per renderla applicabile³². E il livello minimo deve coincidere con una “offesa gigante” inferta all’integrità del patrimonio dell’intera nazione, mentre l’esigenza che l’ordinamento si pone come aspettativa punitiva è quella di impedire e dissuadere dal minimo possibile dell’offesa che per un patrimonio culturale così importante è già un *vulnus* imponente.

Pertanto, la condizione obiettiva di punibilità impone al giudice di adottare una motivazione specifica sulla “rilevanza nazionale” della cosa danneggiata³³. Su questo aspetto la prescrizione normativa è ancora più insidiosa e scava nel cuore della nozione del valore “culturale” del bene che va necessariamente parametrato al patrimonio culturale per assumere la connotazione di bene avente rilevanza nazionale. Questo snodo interpretativo è assolutamente fondamentale perché da qui parte l’indagine sul presupposto indefettibile della condizione di punibilità, per cui solo la qualificazione di culturalità del bene con rilievo nazionale può fondare il giudizio sulla entità del nocumento inferto al patrimonio nazionale complessivo³⁴.

Sul punto ritorna ancora in maniera significativa la decisione del Giudice monocratico di Napoli che puntualmente motiva in maniera significativa sulla condizione obiettiva e sulla dimensione quantitativa del nocumento: “Assumere che le lesioni descritte in imputazione siano “ulteriori” (n.d.a. il quesito qui si pone in ordine all’ulteriore degrado del bene culturale intervenuto successivamente al possesso dei precedenti titolari), in assenza di approfondimenti tecnici e di ogni documentazione in ordine

³¹ ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pag. 1440 e ss. Il legislatore spesso si serve di criteri quantitativi, in questo caso la valenza della condizione obiettiva appare come criterio quantitativo esterno alla struttura del fatto punibile, altre volte invece come elemento costitutivo dell’apparato precettivo della fattispecie per conferire rilevanza penale al fatto, si veda PALAZZO F.C., *Elementi quantitativi e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pag. 1205.

³² BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. D. I.*, XIV, Torino, 1967, 588.

³³ CASS. pen., Sez. III, Sent. n. 4001 del 29 novembre 2000, *cit.*

³⁴ Seppure nella esiguità del numero delle pronunce di legittimità, la giurisprudenza ha svolto un ruolo determinante per calibrare il contenuto qualificativo del precetto che, irrimediabilmente, attinge a valutazioni di tipo relativo-quantitativo piuttosto che individuale e assoluto per ogni singolo bene con “caratteristiche” archeologiche, storiche o artistiche, cfr. Cass. Sez. III, Sent. n. 3967 dell’1 marzo 1995, in www.cassazione.it, ribadita recentemente da Cass. Sez. III, Sent. n. 49325 del 9 dicembre 2013, in www.cassazione.it.

alla loro entità e condizione all'epoca dell'acquisto dell'immobile da parte della regione, finisce per essere una indimostrata petizione di principio, non essendo stata offerta al giudice alcuna possibilità di verifica e di comparazione, doverosa trattandosi di un reato di evento di danno per la cui integrazione è peraltro richiesto il verificarsi quale condizione obiettiva di punibilità di un nocumento al patrimonio culturale della nazione, apprezzabile nei termini di una "diminuzione di quantità e di pregio di tale patrimonio"”³⁵.

L'aspetto ulteriormente interessante di questa decisione, che conferma il giudizio di gigantismo normativo formulato dalla dottrina, è costituito dal fatto che la norma mostra ulteriori limiti di applicazione – limite di precisione – nel contesto della concreta verifica dibattimentale, allorché esige una specifica e analitica verifica tecnica della sussistenza dell'endiadi: danno al bene culturale e nocumento al patrimonio nazionale³⁶. In presenza, peraltro, di un patrimonio, pubblico e privato, che dal 1930 è cresciuto in maniera esponenziale: per una decisa opera di censimento e di catalogazione, per l'arricchimento dovuto alle scoperte dei nuovi giacimenti archeologici e per il notevole complesso delle opere artistiche nel frattempo prodotte. *“Si tratta in definitiva di un reato di evento di danno, che punisce il deterioramento o danneggiamento di monumenti o di altre cose di pregio rilevante – laddove deteriorare significa modificare la cosa in modo da diminuirne il valore in maniera apprezzabile e danneggiare comprende ogni fatto lesivo della integrità –, quando dalla condotta derivi un nocumento al patrimonio artistico nazionale, ossia una “diminuzione di quantità e pregio di tale patrimonio”, condizione obiettiva di punibilità il cui concreto apprezzamento è rimesso al giudice, sulla base delle evidenze disponibili”³⁷.*

Paradossalmente anche la distruzione del Colosseo di Roma sarebbe ininfluenza sulla operatività del reato, perché l'incidenza quantitativa sull'enorme patrimonio culturale italiano, sui giacimenti di beni archeologici e sulle opere d'arte, note o non ancora censite, non consentirebbe di rinvenire quel necessario nocumento che la norma esige. Sebbene di valore incommensurabile la distruzione del Colosseo non sarebbe di per sé sufficiente a danneggiare in maniera oggettiva il patrimonio culturale della Nazione italiana, naturalmente laddove non si utilizzi, con una mera forzatura ermeneutica in *malam partem*, un parametro qualitativo in luogo di quello quantitativo formalmente impiegato dalla norma.

³⁵ GM del Tribunale penale di Napoli, Sent. n. 6221/13 cit. pag. 11.

³⁶ La questione che investe la problematica della capacità del giudice di formare il suo convincimento sulla base delle regole tecniche del fatto oggetto al suo esame – purché se ne forniscano gli elementi di valutazione – e in particolare della scienza archeologica con riferimento specifico all'art. 733 c.p., è trattata in maniera esaustiva da GATTA G.L., *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 293.

³⁷ GM del Tribunale penale di Napoli, Sent. n. 6221/13 cit. pag. 9.

4. L'efficientismo penale come impulso all'uso strumentale della fase cautelare in vista di un recupero del bene culturale.

Occorre prima di ogni altra cosa premettere che il processo penale vive in questo momento storico la fase delle indagini preliminari come il vero terreno di elezione delle istanze punitive dell'ordinamento, rovesciando le normali regole di accertamento della responsabilità penale che passa attraverso il filtro del contraddittorio dibattimentale. Una tale situazione si è imposta perchè il legislatore ha constatato che, rispetto ai tempi del giudizio ordinario, l'unico modo per riconoscere efficacia punitiva al diritto penale sostanziale è mettere in campo una decisa e forte iniziativa normativa cautelare, capace di anticipare quello stigma che potrebbe giungere inutilmente o troppo tardi. In questo specifico caso anche il termine prescrizione breve, a causa della natura contravvenzionale del reato, gioca un ruolo di non poco rilievo sui propositi punitivi, anche a dispetto della natura di reato permanente.

Il rovesciamento della logica processuale di accertamento della responsabilità ha portato molti settori legislativi dell'ordinamento a dotarsi di forti iniziative cautelari reali, basta pensare a tutta la materia dei reati tributari, con le ipotesi di confisca di valore che vanno molto al di là della portata dell'art. 240 c.p.

Il caso del danneggiamento del patrimonio culturale assume tuttavia dei connotati ancora più significativi e, atteso che la fattispecie incriminatrice si è rivelata del tutto inapplicabile, soltanto la tutela cautelare è in grado di esprimere, sia pure in maniera temporanea, quell'efficacia operativa utile almeno ad attivare iniziative di recupero e salvaguardia del bene culturale. Superata la soglia della cautela e giunti alla fase dibattimentale la prognosi di una condanna diventa ardua e con essa anche l'applicazione della confisca.

Il secondo comma dell'art. 733 c.p. stabilisce, infatti, che: *"Può essere ordinata la confisca della cosa deteriorata o comunque danneggiata"*.

Si tratta, dunque, di una misura di sicurezza patrimoniale, appunto la confisca, che viene stabilita con carattere facoltativo³⁸. La scelta di rendere facoltativa la confisca è un'opzione che discende direttamente dal particolare regime giuridico che regola l'appartenenza del bene culturale, perché in fondo la misura potrebbe anche apparire incompatibile e non necessaria nei confronti di un bene che si trovi già di diritto nella materiale disponibilità dello Stato³⁹. In questo modo la custodia al possessore finisce per garantire quella speciale e responsabile vigilanza a tutela della integrità del bene che potrebbe non essere assicurata altrimenti.

Un profilo particolarmente interessante investe la misura cautelare del sequestro preventivo, che si assume al fine di evitare l'ulteriore degrado del bene culturale, in vista della possibile ablazione: *"E' ammissibile l'applicazione della misura cautelare reale del sequestro preventivo dell'area interessata dall'intervento sul presupposto*

³⁸ CASS. pen., Sez. II, Sent. del 4 novembre 1993, in *www.cassazione.it*.

³⁹ CASS. pen., Sez. II, Sent. del 16 ottobre 1978, in *Cass.pen.*, 1980, pag. 1403.

della confiscabilità della stessa”⁴⁰. Naturalmente in fase di cautela va considerato soltanto il profilo di fondatezza formale della fattispecie invocata “nei limiti della vicenda cautelare”, una strategia di tipo preventivo per assicurare una custodia conservativa al bene culturale o un intervento di ripristino, nella consapevolezza che un giudizio dibattimentale troverebbe il limite di configurabilità della figura di reato, proprio per la presenza determinante della condizione obiettiva di punibilità⁴¹.

Non vi è dubbio che in questa inconsueta prospettiva la fase cautelare offre uno spazio insperato per riconoscere il ruolo promozionale del diritto penale attraverso iniziative di interruzione della condotta – si legga anche permanenza – di danneggiamento o di inerzia per il recupero di un bene importante e costituisce il conseguimento dell’obiettivo che la fattispecie, per l’irraggiungibile finalità punitiva, non riesce a ottenere⁴².

Per quanto invece concerne la natura giuridica della confisca che accompagna l’opzione repressiva dell’art. 733 c.p. va detto che essa si inserisce, e per questo occorre analizzarla, nella materia dei beni culturali dove convivono diverse ipotesi di ablazione del bene oggetto della tutela. Pur nella stagione della confusa nebulosa in cui si sono accomunate misure ablativo reali di genere diverso, per ciascuna delle quali risulta talvolta davvero arduo discernere le vere differenze, la confisca di cui si discute, nonostante l’indicazione contenuta nel precetto, non risponde con certezza ai criteri definitori dell’art. 240 c.p.⁴³.

Sul punto detta un sicuro indirizzo l’insegnamento della Corte costituzionale che, esaminando le diverse scelte ablativo conseguenti al reato, ha dichiarato la piena legittimità di misure amministrative e civili in sede penale aprendo la strada al riconoscimento, come nel caso in esame, di una confisca connotata da una natura giuridica diversa da quella penale, una forma di espropriazione per pubblica utilità⁴⁴. Depone in questi termini la forma del possesso qualificata dalla custodia responsabile, la finalità di destinazione dell’uso del bene culturale e, infine, la natura facoltativa della misura che si propone semplicemente un fine di “responsabilizzazione dell’imputato” piuttosto che uno schietto e indiscriminato scopo punitivo.

⁴⁰ TRIB. DISTR. DEL RIESAME Venezia, Ord. N. 137/2000 del 21 febbraio 2000, con nota di L. Ramacci, in www.lexambiente.com.

⁴¹ Tribunale di Avellino, GIP Riccardi, Decreto di sequestro preventivo n. 2580/2012, del 22 giugno 2012, pag. 4, in www.lexambiente.it.

⁴² Sul punto, con una motivazione puntuale che dà conto di una moderna e contemporanea rilettura dell’art. 733 c.p., si rinvia a Tribunale di Avellino, GIP Riccardi, Decreto di sequestro preventivo n. 2580/2012 *cit.* Seppure in una vicenda particolarmente complessa, dove l’art. 733 c.p. trova per vero uno spazio di intervento modesto, si conferma ancora una volta strategica la scelta cautelare: Tribunale di Palermo, GIP Petruzzella, Ordinanza di sequestro preventivo n. 13084/2012 R.G.GIP del 22 ottobre 2013, in www.lexambiente.it.

⁴³ Le controverse ipotesi di confisca portano alla composizione di un quadro eterogeneo e confuso, dove la misura ablativa può assumere connotati di vera e propria sanzione penale, sul tema ampiamente MAIELLO V., *La confisca ex D. Lgs. n. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *Giur. it.*, 2014, 4, pag. 966. Sulle diverse categorie si rinvia a NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino 2012.

⁴⁴ Corte Cost., Sent. n. 29 del 25 maggio 1961, in www.cortecostituzionale.it.

La misura di sicurezza, in questo modo, esprime una nuova e insospettabile funzione di protezione del bene culturale, finalizzata a stigmatizzare l'inerzia, piuttosto che con finalità *spoliativa* e incondizionatamente punitiva, proprio per quanto è auspicabile in una nuova e più efficace opera di tutela e di una custodia responsabile da parte del possessore.

Queste sono le ragioni per cui in questa specifica ipotesi la confisca non condivide alcun punto di contatto con altre misure ablativo reali di sicura natura penale e comunque secondo una prospettiva di tipo recuperatorio che conferisce all'art. 733 c.p. una chiave di lettura costituzionalmente orientata verso un assetto moderno dei beni culturali di comune dominio, così come del resto è definitivamente acquisito alla giurisprudenza di legittimità il fatto che la misura ablativa può avere natura giuridica e finalità diversa⁴⁵.

L'arresto giurisprudenziale più significativo sulla complessa questione già predittivamente rilevava la molteplicità di forma e natura della misura di sicurezza: *"Occorre anche considerare, in linea generale, ciò che la Corte Costituzionale osservava già nei primi anni '60 (Corte Cost. 1961 n. 29; Id. 1964, n. 46) e cioè che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, così da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge"*⁴⁶.

5. La necessità di superare l'insufficiente assetto strutturale dell'art. 733 c.p. con interventi legislativi minimi.

Le ragioni per considerare la fattispecie di reato dell'art. 733 c.p. fortemente carente sul piano della tutela penale come si è visto sono molteplici e una di esse concerne anche la soluzione estintiva con l'oblazione ai sensi dell'art. 162-bis c.p. che in maniera ancora più paradossale può chiudere la vicenda processuale senza alcuna traccia di conseguenza punitiva. La pena, infatti, prevista per queste ipotesi vede la possibile alternativa tra quella detentiva dell'arresto e quella pecuniaria dell'ammenda, ben modesta e sproporzionata risposta alle aspettative per l'importanza dei valori in gioco.

Per superare lo stato di insufficiente puntualità normativa che avvolge il settore della tutela penale dei beni culturali e armonizzarlo al nuovo modo di inquadrare tutto il tema del patrimonio culturale italiano occorre ipotizzare, nel nuovo indirizzo dettato

⁴⁵ Occorre tornare ancora a MUZZICA R., *Confisca dei beni culturali e prescrizione cit.*, che rileva come la CASS. pen., sez. III, n. 42458 del 10 giugno 2015, abbia in maniera incontrovertibile stabilita la natura civilistica della confisca prevista con l'art. 174 co. 3 del d. lgs. 42 del 2004 che si pone evidenti obiettivi di recupero al patrimonio nazionale del bene culturale.

⁴⁶ Cass. pen., Sezioni Unite, Sentenza n. 38834 del 15 ottobre 2008, in *www.cassazione.it*.

dall'art. 117 Cost., una cornice di valore nuova e specifica che abbia alla base il dovere di riconoscere il godimento collettivo dei beni culturali, come primo dovere della Repubblica e come pieno diritto di ciascun cittadino alla corretta crescita della propria personalità umana e sociale, secondo l'impostazione teorica dei cc.dd. *"Beni comuni"*⁴⁷.

Il giro di boa potrebbe essere rappresentato dal fatto che si possa chiudere con una stagione che finalizzava i beni culturali in un'ottica patrimonialistica, la proprietà, il possesso, la detenzione qualificata con la previsione di norme penali chiamate semplicemente a stigmatizzare determinati comportamenti, per aprirsi a forme di incriminazione dove il momento centrale sia la punizione del comportamento consapevole di ledere l'integrità del bene culturale e comprometterne in questo modo il godimento comune; dove la sanzione ablativa non venga considerata la censura per una non corretta gestione, ma l'occasione per il recupero alla funzione sociale di un bene che per sua stessa natura appartiene alla collettività; dove la sanzione personale acquisisca il carattere di integrazione sociale in sintonia con il principio costituzionale di rieducazione; dove, ancora, possano intervenire iniziative di tipo impositivo per la conservazione del bene o surrogatorie per interventi di urgenza a tutela della sua integrità. Una tutela penale diretta e che superi i limiti privatistici del valore patrimoniale del bene per porre al centro dell'attenzione del diritto pubblico il valore ideale del suo alto contenuto culturale che non può non avere prevalenza rispetto al diritto alla proprietà privata, secondo una funzione del diritto penale non soltanto repressiva ma di vera e propria promozione dei beni giuridici. E' solo il caso di rivelare che la collocazione topografica dell'art. 733 c.p. nell'ambito del Libro terzo sotto il Titolo II *"Delle contravvenzioni concernenti l'attività sociale della Pubblica Amministrazione"* sembra aprire spontaneamente a un nuovo e più convinto percorso di valore sociale.

La messa a punto di un moderno sfondo di valore gioverebbe alla razionale riorganizzazione di tutta la materia, tesa a favorire la coerente sistematica delle diverse fattispecie di reato disseminate nei vari testi legislativi, comprese quelle contenute nel codice penale che per struttura e presupposti di tipicità appaiono obsoleti e inadeguati a una effettiva funzione di tutela, se non addirittura oggetto di sovrapposizione normativa con ipotesi di reato contenute in altri testi⁴⁸. Ed infatti, fino a questo

⁴⁷ Le premesse teoriche per fare emergere questa nuova impostazione che riqualifichi l'intera categoria del patrimonio culturale e ambientale sono poste in AA.VV., *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale*, in particolare ci sia consentito citare il nostro *Propositi di tutela penale dei beni comuni*, Ed. Diogene, Pomigliano d'Arco (Na), 2013, pag. 248. Per una prospettiva di carattere generale del tema, si rinvia a MARINELLI F., *Beni comuni*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, Annali VII, 2014, pag. 157.

⁴⁸ Si sono in realtà registrati sforzi di riforma del codice penale e con essi ipotesi di incriminazioni dedicate al tema dei beni culturali. La Commissione presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro il 25 ottobre 1991 - istituita con Decreto del Ministro della Giustizia dell'8 febbraio 1988- presentava al Governo il testo di un codice penale completo sia nella sua parte generale che speciale, dove nel Libro III *"Reati contro la comunità"* agli articoli 104 e 105 auspicava l'introduzione di una serie di fattispecie di delitto declinate su beni giuridici di natura collettiva: *"Titolo V - Dei reati contro il patrimonio culturale"*.

Art. 104. "1. Prevedere i seguenti delitti:

danneggiamento di cose di interesse culturale, consistente nel distruggere, demolire, deteriorare, disperdere o rendere in tutto o in parte inservibili cose, altrui o proprie, di interesse culturale;

sottrazione di cose di interesse culturale, consistente nel sottrarre le cose altrui di interesse culturale. Prevedere come

momento l'evoluzione legislativa in materia di beni culturali ha registrato soltanto interventi incoerenti e privi di carattere sistematico che hanno finito per determinare un confuso percorso diacronico nella fase di applicazione di talune fattispecie di reato⁴⁹.

A ben vedere, la disposizione dell'art. 733 c.p., ma in realtà anche molte altre del codice penale, si propone come espressione di una declinazione della proprietà privata che assume in premessa una forma virtuale di espropriazione per pubblica utilità – come già detto sopra –, seppure affermata implicitamente, che finisce per condizionare fortemente il libero esercizio di un diritto che la stessa Costituzione stabilisce al vertice dei diritti fondamentali della persona. Un diritto assoluto che si affievolisce per la rilevanza pubblica che connota il bene culturale oggetto della protezione penale, con la conseguenza che il diritto di proprietà ne esce sensibilmente ridimensionato nella sua natura assoluta e fortemente condizionato il suo libero esercizio.

In definitiva, il reato di danneggiamento del patrimonio culturale non lascia spazio a letture alternative e tutti i rimedi e gli adattamenti applicativi che si potrebbero ipotizzare non sono purtroppo compatibili con l'attuale formulazione normativa, neppure attraverso una rilettura costituzionalmente orientata della figura di reato, in quanto è lo stesso assetto descrittivo del precetto a impedirne letture e opzioni applicative diverse.

Il limite fondamentale è costituito proprio dalla condizione obiettiva di punibilità che, anche a seguito di un intervento legislativo agevole e rapido, potrebbe essere del tutto eliminata, ridando slancio a una figura di reato il cui momento centrale è costituito dall'elemento specializzante del possesso privato del bene che continuerebbe a marcare l'autonomia di questa fattispecie rispetto alle altre possibili concorrenti.

Sarebbe anche auspicabile che il danneggiamento al patrimonio culturale fosse elevato a delitto e occupasse un ruolo di riferimento nella classe di reati posti a tutela del giacimento culturale della Nazione. La norma, peraltro, continuerebbe a mantenere la forma della realizzazione colposa in ragione di un'ampia tipologia di condotta che

circostanza aggravante, l'essere il fatto commesso con violenza o minaccia alle persone;
appropriazione di cose di interesse culturale, consistente nel fatto di chi, avendo rinvenuto, fortuitamente ovvero in seguito a ricerca o ad opere in genere, cose di interesse culturale, se ne appropria;
acquisto abusivo di cose di interesse culturale, consistente nell'acquistare cose provenienti dai delitti preveduti nelle lettere b) e c);

esportazione abusiva di cose di interesse culturale, consistente nell'esportare abusivamente all'estero cose di interesse culturale. Configurare i fatti, preveduti nelle lettere precedenti, anche come delitti colposi.

2. Prevedere:

la interdizione per la durata massima di e, in caso di recidiva, per la durata massima di, dalla attività professionale o imprenditoriale, nell'esercizio della quale i reati preveduti nelle lettere precedenti sono stati commessi;
la confisca facoltativa delle cose proprie nei casi preveduti nelle lettere a), d) e e)".

Art. 105. "Definire, agli effetti delle disposizioni del presente titolo, le cose di interesse culturale, come cose aventi un interesse artistico, storico, archeologico etnografico o paleontologico, sottoposte o sottoponibili a vincolo amministrativo".

⁴⁹ DEMURO G.P., *Un proposta di riforma dei reati contro i beni culturali cit.*, pag. 1363.

passa attraverso la più ragionevole interpretazione del lemma “comunque danneggia”, declinandone il senso in sintonia con la disciplina dell’art. 40, II comma, c.p.

La previsione della imputazione colposa della condotta, infatti, anche nella forma omissiva, rafforzerebbe la centralità del ruolo di garanzia dell’evento di danno della fattispecie, sempre preferibile a possibili aperture alternative alle diverse forme del pericolo.

Ulteriore promozione della norma penale si potrebbe cogliere in scelte normative indirizzate a conservare i beni culturali di proprietà privata una volta che il processo penale e la minaccia della confisca abbia responsabilizzato il custode. Potrebbe essere progettato un sistema di finanziamento pubblico per recuperare il bene con la ristrutturazione o il restauro, condizionando l’erogazione delle provvidenze alla fruizione pubblica con visite e percorsi turistici, accentuando in questo modo la natura “comune e collettiva” del bene recuperato alla sua funzione originaria e al patrimonio culturale italiano.