



5/2018

ILLECITA ESPORTAZIONE DI COSE DI INTERESSE ARTISTICO: LA NOZIONE SOSTANZIALE DI BENE CULTURALE E LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE N. 124 DEL 2017

Nota a [Cass., sez. III, 17 ottobre 2017 \(dep. 8 marzo 2018\), n. 10468,](#)
[Pres. Rosi, Est. Aceto, ric. Lo Giudice](#)

di Antonella Massaro

Abstract. *La Corte di Cassazione, chiamata a confrontarsi con l'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 (uscita o esportazione di beni culturali), conferma che la fattispecie in questione si applica non solo al patrimonio culturale dichiarato, ma anche a quello reale. La tutela penale, altrimenti detto, prescinde da una dichiarazione delle autorità competenti che, secondo le procedure previste dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, attesti formalmente la culturalità del bene: è invece necessario e sufficiente che il bene stesso presenti, sul piano sostanziale, un oggettivo interesse culturale.*

La pronuncia in commento prende altresì in esame le modifiche apportate dalla legge n. 124 del 2017 che, ampliando il catalogo dei beni soggetti al regime di libera circolazione e la cui uscita, dunque, non è sottoposta a necessaria autorizzazione, ha sottratto le corrispondenti condotte all'ambito di operatività dell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, determinando una parziale abolitio criminis e la conseguente retroattività delle nuove norme più favorevoli.

SOMMARIO: 1. Le questioni affrontate dalla Corte di Cassazione. – 2. La circolazione illecita dei beni culturali: la disciplina amministrativa di riferimento. – 3. La fattispecie di uscita o esportazione illecite di cose di interesse culturale. – 4. La nozione sostanziale di bene culturale (anche) nell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004. – 5. Le criticità derivanti da una nozione sostanziale di bene culturale. – 6. Le modifiche “più favorevoli” introdotte dalla legge n. 124 del 2017. – 7. La confisca senza condanna.

1. Le questioni affrontate dalla Corte di Cassazione.

Il rapporto tra la nozione di bene culturale elaborata “a fini amministrativi” dal d.lgs. n. 42 del 2004 e la nozione di bene culturale che fa da sfondo ai reati previsti dallo stesso *Codice dei beni culturali e del paesaggio* comporta dei problemi di coordinamento di non agevole soluzione. Se, da una parte, la tutela penale in materia di patrimonio culturale risponde allo schema delle fattispecie meramente sanzionatorie che, in quanto tali, dovrebbero dipendere pressoché integralmente dalla corrispondente normativa

extrapenale, dall'altra parte le esigenze di tutela sottese all'intero *Codice dei beni culturali e del paesaggio* e la formulazione di alcune fattispecie incriminatrici farebbero propendere per una "nozione autonoma" di bene culturale, di matrice sostanziale, valida a fini penalistici. L'alternativa, altrimenti detto, è tra la tutela penale del (solo) patrimonio culturale dichiarato, circoscritta ai beni il cui valore culturale sia stato oggetto di previa dichiarazione, e la tutela penale (anche) del patrimonio culturale reale, che si estende ai beni dotati di "intrinseco" valore culturale e che prescinde da un accertamento dello stesso ad opera delle autorità competenti¹. La pronuncia in commento, di fronte all'esigenza di perimetrare l'ambito applicativo dell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, che punisce l'uscita o esportazione illecita di cose di interesse culturale, segue il solco tracciato da questa seconda impostazione.

La vicenda giunta all'attenzione della suprema Corte riguarda il tentativo di trasferire all'estero un quadro firmato da Carlo Carrà, di esclusiva proprietà dell'imputato e mai dichiarato formalmente di interesse culturale. I giudici di legittimità precisano che il bene giuridico tutelato dalle fattispecie contenute nel *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a partire dall'art. 174, andrebbe ravvisato «non soltanto nel patrimonio storico-artistico-ambientale dichiarato, ma anche in quello reale, ovvero in quei beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte delle autorità competenti». I giudici di legittimità, poi, offrono una prima e puntuale ricostruzione degli effetti prodotti dall'art. 1, comma 175, lett. g) della legge n. 124 del 2017 (legge annuale per il mercato e la concorrenza) che, modificando il catalogo delle cose la cui uscita è soggetta ad autorizzazione ai sensi dell'art. 65 d.lgs. n. 42 del 2004, ha inciso sull'ambito applicativo dell'art. 174: la legge del 2017, più esattamente, ha determinato una c.d. *abolitio criminis* parziale dell'art. 174, con conseguente retroattività della legge successiva più favorevole ex art. 2, secondo comma c.p.

Per un più completo inquadramento della questione, può risultare utile muovere dalla disciplina relativa alla circolazione internazionale dei beni culturali, con particolare riguardo alle disposizioni in materia di autorizzazioni la cui violazione costituisce presupposto applicativo dell'art. 174: questa premessa consentirà di ripercorrere tanto il "cuore motivazionale" della sentenza in commento, costituito dalla non necessità di previa dichiarazione di "culturalità" del bene, quanto le modifiche introdotte dal recente intervento legislativo.

2. La circolazione illecita dei beni culturali: la disciplina amministrativistica di riferimento.

Attorno alla circolazione illecita di beni culturali si è consolidato un mercato esteso e particolarmente florido, quantitativamente paragonabile, stando ad alcune

¹ F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1976, p. 64; F.C. PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte in rapporto al principio di determinatezza della fattispecie penale*, in *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977, p. 236 ss.

stime, a quello relativo alle sostanze stupefacenti². Si tratta inoltre di un fenomeno criminoso che può contare su una rete organizzativa di carattere transnazionale complessa e sofisticata, richiedendo altresì conoscenze altamente specialistiche nella gestione di beni che, contrariamente a quanto avviene per gli stupefacenti o per le armi, rappresentano una “risorsa limitata” e “non rinnovabile”³. A ciò si aggiunga che una parte integrante della filiera criminale legata alla circolazione illecita di beni culturali è quella relativa alle operazioni di “lavaggio” del bene, finalizzata a una immissione dello stesso nel circuito lecito del commercio d’arte: ne deriva non solo un rapporto di stretta connessione con i reati di riciclaggio e di ricettazione⁴, ma anche l’estrema difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra il mercato legittimo e quello illegittimo, i quali finiscono per permearsi vicendevolmente⁵. La sfumata progressione che dal mercato nero passa per quello “grigio” fino ad approdare al mercato lecito⁶ rende particolarmente complesso anche l’intervento del diritto penale.

I modelli più diffusi ai quali si ispirano i legislatori penali in materia di trasferimento all’estero di beni culturali sono essenzialmente due. Il primo modello è quello del “permesso con riserva di divieto” (*Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt*), che assume quale regola la libera circolazione del bene, salve le eccezioni previste dall’ordinamento. Il secondo modello è quello del “divieto con riserva di permesso” (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), che, per contro, muove dal principio di un generalizzato divieto di trasferimento, salvi i casi consentiti dalla legge⁷: quest’ultimo è anche lo schema che fa da sfondo alla legislazione italiana, sebbene le modifiche intervenute nell’ultimo decennio abbiano progressivamente esteso l’ambito operativo della “libera circolazione”.

Le disposizioni di riferimento sono anzitutto quelle contenute nell’art. 65 d.lgs. n. 42 del 2004, significativamente modificato dalla già citata legge n. 124 del 2017. L’art. 65 prevede al primo comma un generale divieto di uscita definitiva dal territorio nazionale dei beni culturali mobili previsti dall’art. 10, commi 1, 2 e 3. Il secondo comma

² V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un’analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 84; P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage*, in *International Journal of Cultural Property*, 2013, p. 113.

³ P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade*, cit., p. 114 ss.

⁴ Per tutti P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, a cura di A. Manna, Milano, 2005, p. 252 ss.

⁵ L. NATALI, *Patrimonio culturale e immaginazione criminologica. Panorami teorici e metodologici*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 54 ss.; S. MANACORDA, *Conclusioni*, in *Beni culturali e sistema penale*, a cura di S. Manacorda, A. Visconti, Milano, 2013, p. 165; A.J.G. TIJHUIS, *The Trafficking Problem: A Criminological Perspective*, in *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, a cura di S. Manacorda, D. Chappell, New York, 2007, p. 90 ss.

⁶ Sul *gray market* nella circolazione dei beni culturali V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 90; P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade*, cit., p. 117; L. MASSY, *The antiquity art market: Between legality and illegality*, in *International Journal of Social Economics*, 2008, p. 729 ss.

⁷ R. MÜßNUG, *Europäischer und nationaler Kulturgüter-Schutz*, in *Aktuelle Fragen des Kulturgüterschutzes*, a cura di R. Müßnug, G. Roelleckem, Heidelberg, 1998, p. 11 ss.; G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, p. 149; V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., pp. 93-94.

vieta altresì l'uscita di cose mobili appartenenti a soggetti pubblici o a enti privati senza fine di lucro, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni (non più cinquanta, come avveniva prima del 2017), fino a quando non sia stata effettuata la verifica dell'interesse culturale prevista dall'articolo 12, nonché dei beni, a chiunque appartenenti, che rientrino nelle categorie di cui all'art. 10, comma 3 e che il Ministero abbia temporaneamente escluso dall'uscita perché quest'ultima risulterebbe dannosa per il patrimonio culturale.

Fuori da questi casi, l'art. 65, comma 3 stabilisce che è soggetta ad autorizzazione l'uscita definitiva dei seguenti beni: a) cose, a chiunque appartenenti, che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1, sia *superiore* ad euro 13.500 (limite di valore inserito dal legislatore del 2017); b) archivi e singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino interesse culturale; c) cose rientranti nelle categorie di cui all'articolo 11, comma 1, lettere f), g) ed h), a chiunque appartengano. L'interesse culturale cui fa riferimento la lettera a) dovrebbe intendersi come «un generico “interesse culturale” non ancora accertato e qualificato»⁸.

L'art. 65, comma 4, infine, individua i beni che sono oggetto di libera circolazione, la cui uscita non è dunque sottoposta ad autorizzazione, ma solo a particolari oneri dichiarativi da parte dell'interessato. L'originario comma 4 dell'art. 65 prevedeva che fossero soggette al regime di libera circolazione le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d'arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalisse ad oltre cinquanta anni, con chiaro riferimento alle opere di arte contemporanea (art. 11, comma 1, lettera d)⁹. A questa categoria di beni, con il limite temporale però innalzato a settanta anni, l'attuale formulazione dell'art. 65, comma 4 aggiunge le cose che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore sia *inferiore* ad euro 13.500, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1 (reperti archeologici, reperti derivanti dallo smembramento di monumenti, incunaboli, manoscritti)¹⁰.

Sono individuabili, dunque, tre categorie di beni in riferimento all'uscita dal territorio nazionale: a) beni culturali assolutamente non esportabili (art. 65, commi 1 e

⁸ D. NARDELLA, *Art. 65*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2004, pp. 297-298.

⁹ Sulla circolazione delle opere d'arte contemporanea, *amplius* A. GREGORI, *Rilievi critici connessi alla circolazione di opere d'arte*, in *Il diritto dell'arte. La circolazione delle opere*, II, a cura di G. Negri-Clementi, S. Stabile, Milano, 2013, p. 214 ss.

¹⁰ L'art. 65, comma 4-bis prevede che in questi casi «l'interessato ha l'onere di comprovare al competente ufficio di esportazione, mediante dichiarazione ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che le cose da trasferire all'estero rientrino nelle ipotesi per le quali non è prevista l'autorizzazione, secondo le procedure e con le modalità stabilite con decreto ministeriale. Il competente ufficio di esportazione, qualora reputi che le cose possano rientrare tra quelle di cui all'articolo 10, comma 3, lettera d-bis), avvia il procedimento di cui all'articolo 14, che si conclude entro sessanta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione».



5/2018

2); b) beni la cui uscita è sottoposta ad autorizzazione (art. 65, comma 3); c) beni liberamente esportabili (art. 65, comma 4)¹¹.

Il legislatore del 2017, intervenendo sulla disciplina in questione, ha ampliato in maniera significativa il catalogo di beni sottoposti a libera circolazione: in primo luogo, ha innalzato da cinquanta a settanta anni il limite di carattere temporale previsto dall'art. 11, comma 1, lettera d), includendo, ad oggi, le opere realizzate tra il 1948 e il 1968; in secondo luogo ha esteso il regime di libera circolazione alle opere di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, sempre che il valore delle stesse non superi i 13.500 euro, scattando in caso contrario l'obbligo di autorizzazione¹².

L'autorizzazione all'uscita, è opportuno precisarlo fin da ora, può assumere non solo la forma dell'attestato di libera circolazione, ma anche quella della licenza di esportazione. L'attestato di libera circolazione è disciplinato dall'art. 68 del *Codice* e si riferisce alle cose previste dall'art. 65, comma 3. La licenza di esportazione, invece, è relativa all'esportazione al di fuori dell'Unione europea, è prevista dall'art. 2 del Regolamento (CE) n. 116/2009 ed è richiamata dagli articoli 73 e 74 del *Codice*¹³: la licenza è sempre necessaria, qualunque ne sia il valore, per i reperti archeologici aventi più di cento anni, per gli elementi di monumenti aventi più di cento anni e per gli incunaboli e i manoscritti. Per gli altri beni, invece, il regolamento prevede precise soglie di valore, superate le quali si rende necessaria l'autorizzazione. La licenza di esportazione, come precisato anche dalla sentenza in commento, non è però alternativa all'attestato di libera circolazione, ma deve essere rilasciata contestualmente a quest'ultimo.

Il rigore della disciplina prevista dall'art. 65 è temperata dai successivi articoli 66 e 67 relativi all'uscita temporanea del bene, per i quali sembra valere l'opposto modello del permesso con riserva di divieto: l'uscita è di regola autorizzata, a meno che la stessa non comprometta l'integrità e la sicurezza del bene¹⁴.

La *ratio* dell'intera disciplina potrebbe individuarsi nell'esigenza di conservazione del patrimonio culturale nazionale. Il divieto tuttavia non opera, come invece avveniva nella precedente disciplina (art. 35, comma 1, l. n. 1089 del 1939), solo quando l'uscita «costituisca danno per il patrimonio storico e culturale nazionale»: ciò in quanto, visto il dettaglio che caratterizza l'elenco dell'art. 65, in questi casi il danno dovrebbe considerarsi presunto¹⁵.

¹¹ Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, in *Dejure*.

¹² Per considerazioni differenti sull'ampliamento in questione, che ha suscitato in effetti molte polemiche tra gli operatori del settore, F. GIANNINI, "Con la riforma dell'esportazione non avremo più il controllo". *Intervista ad Anna Stanzani*, in *Finestra sull'arte*, 28 aprile 2017 e ID., *Morandi? Sarebbe felice vedendo le sue opere girare per il mondo. Intervista a Leonardo Piccinini*, *ivi*, 26 aprile 2017.

¹³ R. LEONARDI, *Artt. 73 e 74*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, p. 639 ss.

¹⁴ P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, cit., p. 166.

¹⁵ P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, cit., p. 166; M. FIORILLI, *Art. 65*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Leone, A.L. Tarasco, Padova, 2006, p. 433 ss.; Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit.

3. La fattispecie di uscita o esportazione illecite di cose di interesse culturale.

La tutela penale in materia di illecito trasferimento all'estero di beni culturali è affidata all'art. 174 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, il quale riproduce la struttura dell'art. 123 d.lgs. n. 440 del 1999 che, a sua volta, riproduceva l'art. 66 l. n. 1089 del 1939, modificato dall'art. 19 l. n. 44 del 1975 e poi sostituito dall'art. 23 l. n. 88 del 1988¹⁶.

Il primo comma dell'articolo 174 punisce le condotte di *esportazione illecita* e, più esattamente, il trasferimento all'estero di cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché di quelle indicate dall'art. 11, comma 1, lettere f), g) e h)¹⁷, *senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione*.

Sono due gli elementi che caratterizzano la formulazione di questa prima fattispecie. Anzitutto, il legislatore si riferisce alle *cose* (non ai beni) di interesse culturale: sembrerebbe quindi che il reato in questione, fin dalla sua formulazione letterale, risulti "autonomo" rispetto alla nozione "formale" di bene culturale offerta dall'art. 10 *Codice*¹⁸. Già la Relazione ministeriale allo schema del *Codice dei beni culturali*, precisando il ruolo attribuito al c.d. criterio reale, chiariva che, in linea generale, l'uso dei concetti di "cosa" e "bene" all'interno del Codice rispondeva alla scelta di riservare il termine "bene" alle cose per le quali la sussistenza dell'interesse culturale fosse stata positivamente accertata, mentre il termine "cose" indicava l'oggetto preso nella sua materialità a causa del suo presumibile o possibile interesse culturale¹⁹.

In secondo luogo, diviene fondamentale nell'economia della fattispecie la presenza della clausola di illiceità speciale²⁰, rispondente allo schema dell'elemento

¹⁶ Sul rapporto tra la fattispecie attuale e la normativa precedente G. MORGANTE, *Art. 174*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, p. 73 ss.

¹⁷ Art. 11 d.lgs. n. 42 del 2004: « f) le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c); g) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, a termini degli articoli 65, comma 3, lettera c), e 67, comma 2; h) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c)»

¹⁸ Si sofferma sulle "discrasie terminologiche" derivanti dal riferimento alle *cose* anziché ai *beni* G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 78. Cfr., sulla formulazione dell'art. 174 in riferimento agli artt. 2 e 11 d.lgs. n. 42 del 2004, M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, Roma, 2017, pp. 244-245.

¹⁹ G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 27. A conferma del fatto che non si tratti di un'opzione terminologica indifferente a fini di disciplina, l'art. 2, d.lgs. n. 62 del 2008 ha previsto la sostituzione della parola "beni" con la parola "cose" in una serie di disposizioni del *Codice dei beni culturali*, compreso, come già precisato, l'art. 65, comma 3, lettera c): sul punto L. CASINI, *La disciplina dei beni culturali dopo il d.lgs. n. 62/2008: «Erra l'uomo finché cerca»*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2008, p. 1062; A. SIMONATI, *Art. 65*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 561.

²⁰ Per una ricostruzione della categoria in questione, anche in riferimento al "nodo sistematico" rappresentato dal rapporto con gli elementi normativi, in particolare, N. LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, 1938, p. 367; e D. PULITANÒ, *Illiceità espressa*

positivo costruito negativamente²¹: l'esportazione deve avvenire senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione. La clausola in questione, dunque, rinvia alla disciplina prevista dagli art. 68 (in riferimento all'attestato di libera circolazione) e 74 (per quanto riguarda la licenza di esportazione)²². La fattispecie di esportazione illecita si applica non solo alle ipotesi in cui, pur rientrando il bene tra quelli la cui uscita può essere autorizzata, manchi l'attestato o la licenza, ma anche al caso di beni la cui uscita *tout court* non sia autorizzabile²³: restano invece esclusi i beni soggetti al regime di libera circolazione²⁴.

La pronuncia in commento ribadisce la rilevanza penale del tentativo *ex art.* 56 c.p.²⁵, confermando un orientamento sufficientemente consolidato²⁶. Se, convertendo in bene giuridico la *ratio* che ispira la disciplina amministrativistica di riferimento, si ritenesse che l'interesse tutelato dall'art. 174 sia l'integrità del patrimonio culturale nazionale, dovrebbe concludersi che la fattispecie in questione individui un reato di pericolo presunto²⁷. Sebbene la questione non sia affrontata *ex professo* dalla sentenza in commento, la "pacifica" configurabilità del tentativo si colloca sullo sfondo della distinzione tra reati di pericolo astratto/presunto e reati di pericolo concreto, con la conseguente applicabilità dell'art. 56 c.p. solo ai primi, che non prevedono il pericolo come elemento costitutivo di fattispecie²⁸.

ed illiceità speciale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 66 ss.; ID., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 370 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 154 ss.; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, spec. p. 48 ss.

²¹ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, p. 271 ss.

²² G. MARI, *Art. 174*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., pp. 1265-1266.

²³ S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 13. Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit., conferma che l'art. 174 «punisce non la violazione del divieto di esportazione ma - a monte - il trasferimento all'estero di cose per le quali non sia stato ottenuto l'attestato di libera circolazione (per il trasferimento verso paesi comunitari) o la licenza di esportazione (per il trasferimento verso paesi extracomunitari) e, dunque, punisce l'esportazione non accompagnata dal provvedimento autorizzatorio di uno dei beni indicati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'"autorizzazione" possa essere in concreto rilasciata».

²⁴ V. ancora Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit., alla quale fa esplicito riferimento, proprio riguardo ai beni soggetti a regime di libera circolazione, anche la sentenza in commento.

²⁵ L'originaria versione dell'art. 66 della l. n. 1089 del 1939 equiparava, a fini sanzionatori, la consumazione al tentativo, con una scelta difficilmente conciliabile con i principi generali in materia penale: S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1993, p. 1299.

²⁶ R. TAMIOZZO, *Art. 174*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, coordinato da R. Tamiozzo, Milano, 2005, p. 756. Cfr. Cass. pen., sez. III, 10 marzo 1998, n. 4868, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1911; Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1995, n. 1253, *ivi*, 1996, p. 1579; Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2000, n. 2056, *ivi*, 2001, p. 266;

²⁷ Sulla generica riconducibilità dell'art. 174 allo schema dei reati di pericolo G. MARI, *Art. 174*, cit., p. 1267. Di pericolo astratto parla G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 153.

²⁸ Una ricostruzione critica della questione è offerta da G. DE FRANCESCO, *Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 5/2013, p. 1739 ss. L'incompatibilità del tentativo con i reati di pericolo concreto è stata di recente ribadita da Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2014, n. 21759, in *Foro it.*, 11/2014, II, cc. 598 ss.: per più ampie indicazioni giurisprudenziali sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Art. 56*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi, E. Lupo, II, Milano, 2013, pp. 598-599. Sulla generale incompatibilità del tentativo con i reati di pericolo, per l'eccessivo arretramento della soglia di punibilità che si determinerebbe attraverso la rilevanza penale del "pericolo di

Il secondo comma dell'art. 174 punisce, attraverso un reato omissivo proprio, il mancato rientro nel territorio dello Stato, alla scadenza del termine, di *beni* per i quali era stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanea.

L'ultimo comma dell'art. 174, infine, prevede la confisca obbligatoria delle *cose*, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato.

Risulta indubbiamente peculiare, sotto il profilo terminologico, la scelta legislativa di far riferimento alle "cose" nei commi primo e terzo, inserendo invece il concetto di "beni culturali" nel secondo comma. Si tratta però di una differenza che, come affermato dalla sentenza in esame, non può vedersi attribuita una valenza decisiva, posto che sarebbe del tutto illogico concludere per la irrilevanza penale del mancato rientro delle "mere" cose culturali.

4. La nozione sostanziale di bene culturale (anche) nell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004.

Meritano particolare attenzione le tesi prospettate dalla difesa nei motivi di ricorso. Sul piano meramente letterale-terminologico, il ricorrente faceva notare come l'art. 65, comma 3, lettera a) contenga un esplicito riferimento alle sole cose di interesse *culturale* e non anche a quelle di interesse *artistico*, con la conseguenza per cui rispetto a queste ultime non potrebbe operare la confisca obbligatoria. Sul versante più propriamente sistematico, si eccepeva che solo i beni di proprietà dello Stato e degli altri enti pubblici e privati previsti dall'art. 10, commi 1 e 2 sarebbero di per sé beni culturali, mentre per quelli che appartengono a privati sarebbe necessaria la dichiarazione di interesse culturale prevista dall'art. 13: quest'ultima avrebbe una vera e propria efficacia costitutiva della qualifica di bene culturale e, dunque, in assenza della dichiarazione, la cosa potrebbe liberamente uscire dal territorio dello Stato.

La Suprema Corte non incontra particolari difficoltà nel confutare gli assunti difensivi, anche se, mentre l'argomento testuale risulta in effetti di scarso pregio, la questione si presenta più complessa in riferimento alla coppia concettuale "bene culturale-cosa di interesse culturale".

Sul piano letterale, pare del tutto condivisibile la precisazione per cui l'aggettivo "culturale" deve considerarsi una sintesi linguistica di tutte le possibili articolazioni della culturalità: artistica, storica, archeologica, etnoantropologica, archivistica e bibliografica. Non è un caso, del resto, che nel primo comma dell'art. 174, in cui il legislatore opta per una elencazione di tipo casistico, non compaia anche l'aggettivo "culturale".

Quanto alle più ampie considerazioni di carattere sistematico, il riferimento del primo comma al generico concetto di "cose", unito alla scelta di non inserire nel testo dell'art. 174 (solo) un rinvio esplicito alle precedenti disposizioni amministrative, potrebbe valere da solo a supportare l'idea di una "indipendenza" della fattispecie penale rispetto alle definizioni amministrative: è sufficiente un rapido confronto con la

un pericolo", per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, X ed., Padova, 2017, p. 445.

tecnica di formulazione degli articoli 169, 170, 171, 172, 173 per evidenziare le peculiarità dell'art. 174. Sembrerebbe, altrimenti detto, che in riferimento alla illecita esportazione di cose di interesse culturale non siano chiaramente riconoscibili i tratti di quel "diritto penale meramente sanzionatorio" che rappresenta una delle cifre caratterizzanti della disciplina ricavabile dal d.lgs. n. 42 del 2004.

Sono ben note le criticità relative a un impiego ancillare del diritto penale rispetto a quello amministrativo, tanto sul versante del principio di sufficiente determinatezza-chiarezza del testo legislativo quanto su quello della necessaria offensività. Da una parte, infatti, i continui rinvii alla disciplina di settore rischiano di generare delle «vertigini combinatorie» che sacrificano l'intelligibilità del testo e riverberano i propri effetti sul piano dell'elemento soggettivo, posto che l'oggetto del dolo finisce per sovrapporsi all'ambito di operatività dell'errore sul precetto²⁹. Dall'altra parte, il rischio sempre presente è quello di porre la sanzione penale a presidio della mera disobbedienza di precetti amministrativi: si abbandonano i più rassicuranti lidi della "tutela di beni" per navigare le insidiose correnti della "tutela di funzioni"³⁰, realizzando interventi più per "campi di materia" che per "tipo di disciplina"³¹, oltretutto mediante l'uso e l'abuso dello schema dei reati di pericolo presunto³². Si tratta però di obiezioni rispetto alle quali, come anticipato, l'art. 174 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* parrebbe sufficientemente immune.

Condividendo l'idea per cui la fattispecie in questione sarebbe posta a tutela del patrimonio culturale reale³³, la suprema Corte ritiene necessario abbandonare una nozione meramente formale a favore di una nozione sostanziale di bene culturale: «l'equazione *bene culturale = cosa già dichiarata di interesse culturale all'esito delle procedure*

²⁹ A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 11. Analoghe considerazioni in riferimento alla tutela penale dell'ambiente, che mostra evidenti punti di contatto con quella del patrimonio culturale, sono svolte da M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996, spec. p. 61. Per un efficace inquadramento dell'impiego del rinvio nella prospettiva delle tecniche di *drafting* legislativo, per tutti, R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, II ed., Milano, 2001, p. 146 ss. Sulle questioni relative all'oggetto del dolo nei reati "a condotta neutra" doveroso il rinvio a M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo dei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, spec. p. 58 ss.

³⁰ M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio*, cit., p. 249. Più in generale T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, spec. p. 675; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 468 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 551; R. BAJNO, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 341; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni e o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1095.

³¹ C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 99 ss.

³² Necessario (e sufficiente in questa sede) il rinvio alle note considerazioni di M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 5-9. Con specifico riferimento alla tutela penale del patrimonio culturale mediante reati di pericolo astratto S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 1274 ss.; G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 264 ss.

³³ G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., pp. 154-155.

previste dagli artt. 12 e 14, d.lgs. n. 42 del 2004» non troverebbe riscontro alcuno, né nella lettera della legge né in argomenti di tipo sistematico. I giudici di legittimità valorizzano in proposito la formulazione dell'art. 2, comma 2 d. lgs. n. 42 del 2004 che, definendo i beni culturali, si riferisce anche alle «altre cose individuate dalla legge o in base alla legge». A ben vedere, tuttavia, la definizione “aperta” contenuta dell'art. 2, comma 2 del Codice rinvia comunque a parametri di tipo “formale”³⁴ e soprattutto, pur contribuendo a delineare la *ratio* dell'intero d.lgs. n. 42 del 2004, non può certo vedersi attribuita efficacia dirimente nell'individuazione del bene giuridico rilevante a fini penalistici (come invece sembra ritengano i giudici di legittimità).

Quel che conta per l'applicazione dell'art. 174, ad ogni modo, è che la “cosa” presenti un oggettivo interesse culturale, pur non essendo formalmente dichiarata “bene culturale”.

La premessa in questione ha trovato ampia applicazione nella giurisprudenza in materia di impossessamento illecito di beni culturali (art. 176 d.lgs. n. 42 del 2004), fattispecie che non richiederebbe, almeno quando si tratti di beni appartenenti allo Stato, il formale accertamento del c.d. interesse culturale, essendo sufficiente che la “culturalità” sia desumibile da caratteristiche oggettive del bene³⁵. La sentenza in esame, richiamando i precedenti in questione, supera il possibile ostacolo relativo al fatto che gli stessi, contrariamente al caso di specie, si riferiscano a beni appartenenti allo Stato, limitandosi ad osservare che anche per questi ultimi si rende necessaria la verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12. Si tratta, forse, di considerazioni che rischiano di provare troppo. Per i beni appartenenti allo Stato, quella “presunzione di culturalità” che nella legge Bottai del 1939 li distingueva dai beni appartenenti ai soggetti privati risulta, in buona sostanza, confermata³⁶ e quindi non sorprende che la tutela penale operi indipendentemente da una formale dichiarazione che accerti il carattere culturale del bene. Proprio in riferimento ai beni culturali appartenenti ai privati, per contro, emerge in tutta la sua evidenza quella duplice anima, privatistica (la proprietà) e pubblicistica (il valore culturale)³⁷, che rende necessario il complesso sistema di pesi e contrappesi elaborato dalla normativa di settore. La disciplina dei beni culturali rappresenta per propria natura una “eccezione”, in quanto deroga al principio della libera proprietà³⁸: sebbene sia innegabile il definitivo approdo ad una tutela penale diretta del bene

³⁴ Cfr. G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 27.

³⁵ Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2006, n. 39109, in *Cass. pen.*, 12/2007, p. 4681; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2011, n. 41070, in *Cass. pen.*, 12/2012, p. 4244; Cass. pen., sez. II, 18 luglio 2014, n. 36111, in *Cass. pen.*, 4/2015, p. 1597. *Contra* Cass. pen., sez. III, 27 maggio 2004, n. 28929, in *Cass. pen.*, 11/2005, p. 3451, con nota critica di P. CIPOLLA, P.G. FERRI, *Il recente codice dei beni culturali e la continuità normativa in tema di accertamento della culturalità del bene*.

³⁶ P. CIPOLLA, P.G. FERRI, *Il recente codice dei beni culturali*, cit., p. 3459.

³⁷ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1976, I, p. 25.

³⁸ G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 11, anche per ampie indicazioni bibliografiche.

culturale³⁹, sarebbe forse eccessivo concludere per la completa irrilevanza della distinzione tra “beni culturali pubblici” e “beni culturali privati”⁴⁰.

La circostanza alla quale potrebbe attribuirsi rilievo determinante è, come già precisato, la tecnica di formulazione dell’art. 174, con la conseguente possibilità di valorizzare l’argomento *a fortiori*: se si ammette che la tutela penale possa operare indipendentemente da un provvedimento formale che attesti la culturalità del bene in riferimento a fattispecie, quale quella di cui all’art. 176, che contengono un rinvio esplicito all’art. 10, *a fortiori* dovrebbe ammettersi la medesima conclusione per l’art. 174, che contiene un generico riferimento alle “cose” di interesse culturale. Non si tratta, del resto, di una conclusione irragionevole sul piano sistematico, posto che la *ratio* dell’art. 174 è quella di realizzare una tutela anticipata dell’integrità del patrimonio culturale nazionale, specie attraverso la rilevanza penale di condotte che, determinando l’uscita della “cosa” dal territorio dello Stato, renderebbero di fatto irrealizzabile una verifica volta a dichiarare la sua “formale” culturalità.

La nozione di bene culturale “reale”, necessaria a definire l’ambito operativo dell’art. 174, dunque, non incontra ostacoli insormontabili⁴¹, né sul piano letterale né su quello sistematico, rendendo più sfumata la distinzione tra la tutela penale del patrimonio culturale apprestata dal codice penale e quella rinvenibile nel d.lgs. n. 42 del 2004. Potrebbe infatti ritenersi che mentre il codice penale appresti una tutela esterna e indiretta, indipendente dalla previa dichiarazione, il codice dei beni culturali abbia introdotto una tutela diretta, “filtrata” proprio dalla dichiarazione dell’autorità competente⁴²: la tendenza, viceversa, sembra quella per cui, salve diverse ed esplicite disposizioni in senso contrario, il patrimonio culturale reale rappresenti l’oggetto privilegiato della tutela penale, complessivamente intesa.

5. Le criticità derivanti da una nozione sostanziale di bene culturale.

Non può negarsi, ad ogni modo, che dalla nozione sostanziale di bene culturale derivino evidenti criticità, ravvisabili essenzialmente sul versante della necessaria determinatezza della fattispecie e su quello dell’elemento soggettivo del reato.

³⁹ Il riferimento è alla distinzione tra un sistema di tutela penale indiretta e un sistema di tutela penale diretta evidenziata da F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, cit., pp. 58-59. Il primo sistema si fonda su un sottostante regime privatistico dei beni artistici e, attribuendo prevalenza all’interesse individuale, circoscrive la tutela penale nei limiti di una tutela della proprietà contro le offese dei terzi. La tutela diretta si fonda invece su un regime pubblicistico protettivo e, pertanto, «comporta una tutela penale diretta alla cosa dell’arte in quanto tale, per il suo intrinseco valore culturale, a prescindere dalla appartenenza privata o pubblica della cosa ed anche contro le offese del *proprietario*».

⁴⁰ Sulla distinzione tra il regime giuridico previsto per i beni di appartenenza pubblica e quelli di appartenenza privata, si sofferma, in una prospettiva penalistica, P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in *Beni culturali e sistema penale*, cit., p. 36 ss.

⁴¹ In senso conforme Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2016, n. 17223, in *D. & G.*, 2017.

⁴² P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 35.

Quanto alla determinatezza, sebbene quest'ultima rappresenti forse l'articolazione della legalità penale meno valorizzata nella giurisprudenza costituzionale⁴³, è evidente che sia destinata quanto a meno a sopportare delle tensioni in presenza di una nozione di bene culturale affidata a un non meglio precisato "oggettivo interesse culturale" della cosa mobile⁴⁴.

Anche a voler ritenere superabili i dubbi sul piano del principio di determinatezza, resta il fatto che, almeno in certi casi, assumerà rilievo determinante il ruolo degli esperti intervenuti nel processo penale e chiamati a tracciare, per le cose di interesse artistico, il non sempre scontato confine tra ciò che è arte e ciò che non lo è⁴⁵. Nel caso di specie, i giudici di merito si erano confrontati con due opinioni discordanti. Da una parte, Luca Carrà, nipote dell'artista Carlo Carrà e responsabile dell'omonimo archivio, negava l'autenticità del disegno, ritenendolo non riconducibile alla mano di suo zio. Dall'altra parte, la Sovrintendenza reputava attribuibile l'opera a Carlo Carrà, valorizzando, per esempio, la presenza della sua firma sull'opera, il carattere preparatorio del disegno che conduceva ad escludere l'ipotesi del falso, le dimensioni dell'opera (80x60), la data apposta sulla stessa (1938) che risultava del tutto coerente con la dedica ("a Felice", probabilmente Felice Casonati o Felice Carena, entrambi pittori). La suprema Corte rileva come il parere della Sovrintendenza, lungi dall'essere stato acriticamente accolto da parte dei giuridici di merito, fosse stato sottoposto a un vaglio

⁴³ V. sul punto F.C. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 57. In riferimento alla "riscoperta" della determinatezza nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, relativa alla "saga Taricco", in particolare, M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli, 2017, pp. 40 e 44; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti*, *ivi.*, p. 99; M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *Dir. fondam.*, 1/2017, pp.14-15.

⁴⁴ «In mancanza di criteri obiettivi sulla base dei quali affermare la natura di bene culturale o paesaggistico di un determinato oggetto ovvero di un determinato luogo, si rischia innanzitutto di violare il fondamentale principio di tassatività-determinatezza della fattispecie penale dal momento che la sussistenza di un interesse culturale o paesaggistico del bene offeso verrebbe fatalmente a dipendere dall'*arbitrium iudicis*»: G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 65. Anche R. LATAGLIATA, *Relazione di sintesi*, in *La tutela penale del patrimonio artistico storico ed archeologico*, Perugia, 1985, p. 180, pur ritenendo che il valore culturale di un bene costituisca non il risultato di un giudizio valutativo, ma qualcosa di ontologicamente preesistente, ammette che l'individuazione del concetto in questione risulti particolarmente delicata e complessa. V. anche F. LEMME, *Compendio di diritto dei beni culturali*, Padova, 2013, p. 15 ss. e, sia pur con specifico riferimento al falso d'arte, P. CIPOLLA, *La falsificazione di opere d'arte*, in *Giur. mer.*, 10/2013, p. 2032. Per più ampie considerazioni relative alla nozione «metagiuridica» di bene culturale C. ZUCHELLI, *Art. 13*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 151.

⁴⁵ La questione presenta tratti molto simili a quella che, in un passato recente ma ormai superato, riguardava i rapporti tra l'opera d'arte cinematografica o lo spettacolo cinematografico osceno, efficacemente sintetizzati dalla complessa (a tratti rocambolesca) vicenda giudiziaria di cui è stato protagonista il film *Ultimo tango a Parigi* di Bernardo Bertolucci. Le sentenze del "caso Ultimo tango", nonché la perizia artistica intervenuta nella seconda fase della vicenda (quella successiva alla proiezione "clandestina" del film del 1982), sono raccolti nel volume *Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, a cura di A. Massaro, Roma, 2013. In riferimento alla prima fase della vicenda giudiziaria si segnalano le note riflessioni di E. AMODIO, *Perizia "artistica" ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 669 ss.

critico attento, oggettivo e razionalmente verificabile. Ad avviso degli stessi giudici di legittimità, tuttavia, «non si può nemmeno negare la particolare pregnanza di un parere proveniente da un organo pubblico qualificato e deputato a esprimersi sulla imposizione del vincolo culturale, un parere che, quando positivamente espresso, esonera il giudice dall'obbligo di rivalutarne la correttezza in assenza di elementi specifici tali da ingenerare anche solo il dubbio sul punto». Il ruolo degli “esperti qualificati”, dunque, diviene pressoché determinante⁴⁶.

Le incertezze ravvisabili in sede “oggettiva” sono destinate a riflettersi sull'elemento soggettivo del reato. Il valore culturale del bene è certamente parte integrante dell'oggetto del dolo, ma l'impressione è quella per cui la rappresentazione di questo elemento sia spesso considerato pressoché *in re ipsa*⁴⁷.

Il dolo potrebbe essere escluso da un errore che cade non solo sul carattere culturale del bene, ma anche sulle regole amministrative che disciplinano l'autorizzazione all'uscita: in quest'ultimo caso a venire in considerazione è certamente un elemento normativo giuridico, mentre l'interesse culturale individuerrebbe un elemento normativo extragiuridico⁴⁸. Sono state efficacemente evidenziate le criticità relative agli elementi normativi extragiuridici (intesi anche come elementi *wertaussfüllungsbedürftig*, “bisognosi di essere riempiti di valore”), che andrebbero tenuti ben distinti dagli elementi normativi in senso stretto. Mentre questi ultimi sarebbero quelli che possono essere compresi sul presupposto logico di una norma diversa da quella che lo contiene⁴⁹, gli elementi extragiuridici andrebbero piuttosto ricondotti al *genus* degli elementi valutativi: si tratterebbe, più esattamente, di elementi rispetto ai quali l'interprete, non disponendo di un preliminare contesto di significati di uso consolidato e universale, si trovi a definire nel corso del tempo la reale latitudine applicativa della norma che contiene l'elemento⁵⁰. L'esempio comunemente portato al riguardo è quello della “oscenità” di un atto, ma, *mutatis mutandis*, le medesime considerazioni sembra possano valere anche per la culturalità di un bene.

Le questioni classificatorie, sul piano dell'errore, potrebbero essere ridimensionate mediante una “equiparazione” di disciplina, derivante dalla (sia pur problematica) ammissibilità di una residua responsabilità per colpa anche nell'art. 47, terzo comma c.p.⁵¹: indipendentemente, quindi, dal fatto che gli elementi valutativi siano

⁴⁶ Cfr., sul ruolo dei periti chiamati ad accertare la qualifica di “cosa d'arte”, F.C. PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte*, cit., p. 239.

⁴⁷ Sulle “scorciatoie presuntive” nei processi penali che hanno ad oggetti beni culturali, più in generale, L. LUPARIA, *La tutela penale dei beni culturali nella dimensione processuale: avvertenze e proposte nello scenario di riforma*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 254.

⁴⁸ G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 158; G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 64.

⁴⁹ Si tratta della celeberrima definizione proposta da K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 157, il quale comunque distingue tra elementi normativi giuridici ed etico-sociali.

⁵⁰ L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, spec. p. 209 ss., alla quale si rinvia anche per la difficoltosa compatibilità degli elementi in questione con le istanze di necessaria determinatezza della fattispecie penale.

⁵¹ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 403.

ricondotti agli elementi normativi o a quelli descrittivi, l'errore sugli stessi escluderà il dolo, lasciando al più residuare una responsabilità per colpa. Il ricorso all'art. 47 (terzo comma) c.p. è stato però considerato inappagante, posto che l'assenza di una fattispecie di esportazione illecita colposa rischierebbe di creare pericolosi vuoti di tutela, rendendo di conseguenza preferibile il ricorso all'art. 5 c.p.⁵². Il rischio, tuttavia, è quello di incorrere in una vera e propria inversione metodologica⁵³, che può al più fornire spunti di riflessione in una prospettiva di riforma⁵⁴, ma non certo contribuire all'individuazione della disciplina applicabile.

Deve ad ogni modo precisarsi che, qualora la condotta diretta all'uscita o al trasferimento del bene sia connotata da elementi di "clandestinità", almeno nella forma della dissimulazione, risulterà indubbiamente più agevole pervenire alla prova del dolo, sdrammatizzando almeno in parte le delicate questioni che si pongono in tema di accertamento⁵⁵.

6. Le modifiche "più favorevoli" introdotte dalla legge n. 124 del 2017.

Come anticipato, la legge n. 214 del 2017 ha, tra l'altro, ampliato l'ambito delle cose di interesse culturale la cui uscita non è più soggetta ad autorizzazione, includendovi le opere di autore non più vivente, la cui esecuzione risalga a oltre settanta anni e il valore risulti inferiore a 13.500 euro, a meno che non si tratti, indipendentemente dal loro valore, di reperti archeologici, reperti derivanti dallo smembramento di monumenti, incunaboli e manoscritti.

Si tratta di modifiche che producono evidenti effetti sull'ambito applicativo dell'art. 174 d.lgs., determinando, in particolare, una c.d. *abolitio criminis* parziale per le ipotesi in cui il trasferimento all'estero abbia ad oggetto beni considerati di non rilevante valore secondo i nuovi criteri introdotti dal legislatore: *ex art. 2*, secondo comma c.p., dunque, le nuove norme si applicano retroattivamente in quanto più favorevoli.

La pronuncia in esame, chiamata a confrontarsi con la nuova disciplina, giunge all'enunciazione del seguente principio di diritto: «il trasferimento all'estero di cose di interesse culturale di non eccezionale rilevanza di cui all'art. 65, comma 3, lett. a), d. lgs. n. 42 del 2004, diverse da quelle di cui all'allegato A, lettera B n. 1, e di valore pari o

⁵² G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 159. Anche G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 65 evidenzia la pericolosa breccia che si aprirebbe nel sistema delineato dal *Codice dei beni culturali* se si ammettesse l'operatività dell'art. 47, terzo comma c.p. nelle ipotesi in cui il soggetto si limiti ad addurre l'ignoranza del valore culturale del bene, ragion per cui il legislatore ha fatto ricorso a fattispecie prevalentemente contravvenzionali. Sulle criticità che si registrerebbero anche nella fattispecie colpose in ordine alla conoscibilità del valore culturale del bene P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 41.

⁵³ V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 95.

⁵⁴ Per considerazioni *de iure condendo* relative all'elemento soggettivo, in particolare, C. SOTIS, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva de iure condendo*, in *Circolazione dei beni culturali mobili*, cit., p. 133 ss.

⁵⁵ Cfr. V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 95.

inferiore ad € 13.500,00, non integra il reato di cui all'art. 174, comma 1, d.lgs. n. 42 del 2004. Le modifiche introdotte dall'art. 175, comma 1, lett. g), nn. 1 e 2, legge 4 agosto 2017, n. 124, in quanto incidono sulla struttura del reato di cui all'art. 174, d. lgs. n. 42 del 2004, restringendone l'ambito applicativo, si applicano anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore».

Nel caso di specie, del disegno attribuito a Carlo Carrà, risalente a oltre settanta anni prima del fatto, non era stato accertato anche il valore, posto che il parametro risultava irrilevante sulla base della disciplina precedente al 2017. Si sarebbe dunque profilato lo scenario dell'annullamento con rinvio per l'accertamento del valore dell'opera, ma l'intervenuta prescrizione comporta che i giudici di legittimità annullino senza rinvio per estinzione del reato, non essendo consentito un rinvio "meramente esplorativo" al giudice di merito⁵⁶.

7. La confisca senza condanna.

L'intervenuta prescrizione, tuttavia, non consente anche di procedere alla restituzione del bene confiscato. La confisca obbligatoria prevista dall'art. 174, comma 3, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, ben potrebbe consistere in una "confisca senza condanna", applicabile nonostante l'intervenuta prescrizione del reato⁵⁷. Resta ovviamente la possibilità di rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenere la restituzione dell'opera, chiedendo, in particolare, di accertare il valore della stessa.

La Corte di cassazione, confermando un noto precedente di qualche anno fa⁵⁸, precisa che in questa ipotesi non potrebbero trovare applicazione i principi affermati

⁵⁶ V. sul punto Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in *Cass. pen.*, 11/2003, p. 3328 ss., con nota di T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*: «la Corte di cassazione è chiamata a decidere sulla base dell'accertamento compiuto dal giudice di merito e contenuto nella sua sentenza. Se nelle more tra la pronuncia della decisione impugnata e la trattazione del ricorso è intervenuta un'abolizione parziale è alla decisione impugnata che la Corte di cassazione deve fare riferimento per stabilire se gli elementi richiesti dalla nuova legge avevano o meno formato oggetto dell'accertamento giudiziale, e in caso affermativo su di essi deve esercitare il suo giudizio; ma se quegli elementi non hanno formato oggetto di accertamento e la Corte di cassazione si trova in presenza di un fatto che, per come è stato accertato dal giudice di merito, rientra nell'ambito dell'abolizione, e dunque non è più previsto come reato, non può che trarne le conseguenze imposte dagli artt. 129 e 620 comma 1 lett. a) c.p.p. Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito. È vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte a una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell'art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse».

⁵⁷ Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2017, n. 9156, in *D&G*, 2017; Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2009, n. 49438, in *Dejure*.

⁵⁸ Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2015, n. 42458, in *Cass. pen.*, 11/2016, p. 4176, con nota di F. VIGLIONE, *Prescrizione del reato e confisca dei beni culturali, sanzione penale o misura amministrativa?* e in questa *Rivista*, 23 novembre 2015, con nota di R. MUZZICA, [Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?](#).V.

dalla sentenza *Varvara* della Corte EDU in riferimento alla confisca urbanistica. Nella sentenza richiamata, il giudice interno si era mostrato “più realista del re”⁵⁹, riferendosi *ad abundantiam* e in maniera non del tutto pertinente all’art. 7 CEDU. La Corte di cassazione, infatti, muoveva dal presupposto per cui la confisca dell’art. 174, comma 3 d.lgs. n. 42 del 2004 non avesse una funzione sanzionatoria, ma individuasse una misura recuperatoria di carattere amministrativo⁶⁰. La nota vicenda interpretativa sviluppata attorno alla confisca urbanistica (vicenda non ancora conclusasi, visto che si protrae l’attesa per la pronuncia della Grande Camera relativa al caso *Hotel Promotion*⁶¹), trova la sua premessa logico-giuridica nel fatto che, ad avviso della Corte europea, alla confisca in questione deve attribuirsi una natura “sostanzialmente penale”⁶²: da ciò deriva non solo che la “confisca-pena” presupponga un giudizio di responsabilità formulato in riferimento tanto all’elemento oggettivo quanto a quello soggettivo del reato, ma anche (come necessaria conseguenza) che la stessa possa essere applicata solo a seguito di una condanna dell’imputato. La Corte costituzionale, con la celeberrima sentenza n. 49 del 2015⁶³, ha ritenuto ammissibile che la “confisca-pena” resti sottoposta a uno statuto differente rispetto alle altre sanzioni penali e che, in particolare, possa applicarsi anche in assenza di una sentenza di condanna “in senso stretto”. Il Giudice delle Leggi ha precisato che il concetto di “condanna”, individuato dalla Corte europea quale necessario presupposto dell’applicazione di una “pena CEDU”, non vada inteso in un’accezione meramente formale, ma, piuttosto, valorizzando la sostanza della pronuncia che di volta in volta viene in considerazione. Alla nozione sostanziale di pena fa da *pendant* una nozione altrettanto sostanziale di condanna: la sentenza che accerta la

anche, sia pur in riferimento alla precedente disciplina, P. CIPOLLA, *Sulla obbligatorietà della confisca di beni culturali appartenenti allo Stato e illecitamente esportati*, in *Giur. mer.*, 9/2011, p. 2197 ss.

⁵⁹ Così R. MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione*, cit., p. 5.

⁶⁰ Articolate riflessioni sulla natura giuridica della confisca prevista dall’art. 174, comma 3 del d. lgs. n. 42 del 2004, con le relative conseguenze sul piano della disciplina applicabile, sono svolte da M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio*, cit., pp. 252-253.

⁶¹ G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza “Varvara”?*, in *Arch. pen. web*, 2/2015. P. 1 ss.

⁶² Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, in *questa Rivista*, 16 maggio 2012, con nota di L. BEDUSCHI, [Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione](#); Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09 (con la eloquente *Opinione in parte concordante, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque*), in *questa Rivista*, 5 novembre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 Cedu](#); V. MANES, [La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in *questa Rivista*, 13 aprile 2015. Sulla svolta sostanzialistico-funzionale impressa dalla nozione autonoma di materia penale elaborata dalla Corte EDU, di recente e per tutti, V. MANES, *Problemi e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, p. 988 ss.

⁶³ Per eterogenee valutazioni della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale v. F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 339 ss.; O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), *ivi*, p. 11 ss.; D. PULITANÒ, [Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015](#), *ivi*, p. 318 ss.; L.V. LO GIUDICE, [Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti](#), in *questa Rivista*, fasc. 4/2017, p. 239 ss.

prescrizione di un reato, in effetti, «non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità», che anzi si rende necessario qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica⁶⁴. L'accertamento in questione ben potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell'applicazione di una "pena CEDU", senza che dalla sentenza *Varvara* sia possibile ricavare il (differente) principio di diritto per cui l'applicazione della confisca urbanistica debba necessariamente seguire a una sentenza "formalmente" di condanna⁶⁵.

Non del tutto pertinente si rivela dunque il riferimento ai principi della sentenza *Varvara* per la confisca di cui all'art. 174, comma 3 d.lgs. n. 42 del 2004, oltretutto escludendo che in questo caso possa ipotizzarsi «una lesione del diritto alla proprietà privata, vertendosi al cospetto di beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato». Anzitutto, come già precisato, non sembra in discussione la natura "non penale" della misura in questione. In secondo luogo, anche a voler ipotizzare una sua natura penale, resta il fatto che nel caso oggetto della presente pronuncia la soglia del sostanziale accertamento della responsabilità richiesto dalla Corte costituzionale risulterebbe ampiamente superata.

Si rende necessario segnalare la recente introduzione dell'art. 578-bis c.p.p. da parte del d.lgs. n. 21 del 2018, di attuazione della delega in materia di riserva di codice. L'art. 578-bis c.p.p., rubricato *Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*, stabilisce che «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». La "confisca nonostante la prescrizione", dunque, potrebbe trovare applicazione solo quando sia stata emessa almeno una sentenza di condanna in primo grado, con ciò risolvendo per via legislativa le incertezze mostrate al riguardo dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁶.

Alle confische previste da altre disposizioni di legge cui fa riferimento l'art. 578-bis c.p.p. dovrebbe ricondursi anche quella di cui all'art. 174, comma 3 d. lgs. n. 42 del 2004 e, più in generale, le forme di confisca che non abbiano natura sostanzialmente

⁶⁴ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 5 del *Considerato in diritto*. Si tratta di osservazioni che si pongono a valle di un più ampio percorso giurisprudenziale: v., in particolare, sui poteri cognitivi del giudice in presenza di una causa di estinzione del reato, Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, De Maio, in *Cass. pen.*, 4/2009, p. 1392, con nota di P. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni unite*; con più specifico riguardo al superamento del "giudicato formale" come presupposto della confisca, Cass. pen., sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancimino, in *Dejure*, secondo cui l'estinzione del reato non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo ex art. 240, secondo comma, n. 1 c.p., poiché il riferimento alla condanna non evoca la categoria del giudicato formale, ma postula unicamente la necessità di un accertamento incidentale equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità, a prescindere dalla formula con la quale il giudizio è formalmente definito.

⁶⁵ Il concetto di "condanna in senso sostanziale" è stato accolto da Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, in *Arch. pen. web*, 2/2015, con nota di G. CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*.

⁶⁶ Si rinvia sul punto a A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *Arch. pen. web*, 2018, p. 1 ss.



5/2018

penale. Il legislatore ha quindi operato nel senso di un “livellamento delle garanzie”: il minimo comun denominatore è la nozione di condanna in senso sostanziale, il presupposto applicativo è rappresentato dal *nomen iuris* “confisca”, il risultato è la parificazione della disciplina prevista per le confische “sostanzialmente penali” e quelle “amministrative”.

Nell’epoca nel *nullum crimen sine confiscatione*⁶⁷ sembrava fisiologico approdare al principio del “nessuna confisca senza condanna”, ma serviva una condanna in senso sostanziale per evitare la scure della prescrizione e assicurare che (almeno) la confisca potesse salvarsi dall’impietoso fluire del tempo.

⁶⁷ V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, p. 1259 ss.