

INTRODUZIONE

Il presente lavoro nasce dalla volontà di analizzare un fenomeno ancora poco conosciuto e discusso ma di una rilevanza tale da far, paradossalmente, discutere.

Capire meglio cosa siano e come operino le *archeomafie* nel traffico interno ed internazionale di opere d'arte nasce da una *curiositas* personale che tenta di verificare se e quanta rilevanza, a livello penale, sia attribuita al fenomeno.

Per questo motivo si cercherà dapprima, al capitolo primo, di attribuire il giusto *nomen iuris* alle opere d'arte che diventano oggetto di tutela tanto nel diritto interno che internazionale.

E preso atto dell'urgente bisogno di preservare l'arte, anche quella più sommersa, da ogni qualsivoglia forma di aggressione, il capitolo secondo si soffermerà sulla tutela delle opere d'arte predisposta dal *Ministero dei beni e delle Attività culturali e del Turismo* e, sul fronte internazionalistico, dal diritto del mare.

L'attività del trafficare opere che appartengono alla storia e cultura di un popolo rappresenta una ferita che di certo la presenza delle organizzazioni criminali, anche di stampo mafioso, dedite a questa attività illecita non aiuta a guarire.

Questo aspetto, che costituisce il cuore di questo lavoro, sarà trattato al capitolo terzo, laddove sarà dato spazio di analisi anche alla dimensione processuale legata al possesso dei beni culturali da parte dei privati, oltre che alla problematica di una attesa riforma a livello del diritto penale sostanziale.

Si vedrà poi quanto “importante” sia, per le archeomafie, trafficare opere quanto più possibile: a tal proposito il capitolo quarto cercherà di porre in esame la tutela indiretta delle opere d'arte e quindi la loro introduzione

nel mercato nero nonostante siano false.

Contestualmente ci si chiederà se in questa attività illecita siano coinvolte soltanto le archeomafie o anche attori diversi, magari all'apparenza del tutto estranei all'attività che è tale da superare i confini nazionali e incontrare di conseguenza il mercato nero di proporzioni internazionalistiche.

Anche per questo il capitolo si concluderà con l'esame delle possibili soluzioni internazionalistiche di contrasto all'illecito.

Ci si renderà probabilmente conto, a questo punto, di quanto sia importante dover quanto prima risolvere un problema di così vasta portata ma che non ha ancora ricevuto l'attenzione che merita.

Infine, cercando ancora di capire fino a che punto possa giungere l'offesa al patrimonio culturale, il capitolo conclusivo si soffermerà sulla protezione dei beni anche nel corso dei conflitti armati. La tutela in tempo di guerra, infatti, merita la giusta considerazione poiché nel contesto bellico i beni culturali possono diventare strumento di offesa della dignità, storia e cultura di un popolo che viene ferito anche attraverso la distruzione intenzionale o la persecuzione quale forma di aggressione del patrimonio artistico. Da qui muoverà, a conclusione del capitolo, l'analisi relativa alla responsabilità penale, individuale e statale, della commissione di crimini così odiosi ma per questo qualificati come di guerra e contro l'umanità.

Preso atto, a questo punto, della gravità della situazione che coinvolge soggetti e Stati diversi, si spera di illustrare il meglio possibile il fenomeno che ha ispirato questo lavoro.

Capitolo primo

La nozione di bene culturale nel diritto interno ed internazionale

1. L'oggetto della tutela nel codice dei beni culturali.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.lgs 42/2004 (e successive modifiche), nella Parte seconda, Titolo I, Capo I si occupa del bene culturale quale oggetto della tutela da esso predisposta.

In realtà, il Codice è il frutto di una evoluzione propriamente giuridica che affonda le radici in epoca giolittiana, età che vede entrare in vigore la legge n.778/22, voluta da Benedetto Croce, sulla protezione delle cose esclusivamente immobili tutelate in ragione della loro bellezza naturale o per la relazione con la storia civile e letteraria.

L'evoluzione normativa procede con la l. n.1089/39, (Legge Bottai), che non definisce ancora il bene culturale ma, semplicemente, tutela la “cosa d'arte” e le “cose d'interesse artistico e storico”.

Successivamente l'esigenza di tutela delle cose d'arte si prospetta più forte per via di impulsi di fonte internazionale, che conducono, nel 1964, all'istituzione della Commissione Franceschini per la tutela e valorizzazione delle cose, oltre che di interesse storico e artistico, anche archeologico e paesaggistico.¹

Si inizia, dunque, a precisare, delimitandolo, l'oggetto della tutela che la Dichiarazione I della Commissione racchiude nel *nomen* “patrimonio culturale”.

«Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico,

¹ G. Sciullo, *I beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, G.Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 20-21.

archivistico e librario, e ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà».²

È a partire da questo testo che muta la prospettiva relativa ai beni culturali: non solo perché si chiarisce, specificandoli, quali sono i beni qualificabili come culturali, ma anche perché si prende coscienza della necessità di tutelare, con apposite leggi, i beni da qualsiasi attività patologica che possa colpirli, dal danneggiamento al traffico illecito.

La stessa Dichiarazione I, gettando le basi per la redazione del Codice del 2004, fornisce la spiegazione della tutela dei beni culturali, racchiudendola nel termine “patrimonio culturale della Nazione”.

Perché “patrimonio” ?

Il *nomen* che viene fornito dalla Dichiarazione I e che sta alla base del vigente Codice non è casuale: di patrimonio culturale e relativo obbligo di tutela trattano le Convenzioni internazionali, stipulate a partire dal 1954 ed in particolare la Convenzione UNESCO del 1970, cui ha aderito l'Italia, che esplicitamente pone l'obbligo, in capo agli Stati aderenti, di proteggere e salvaguardare il proprio patrimonio culturale da esportazioni illecite a livello internazionalistico. Ma prima ancora che nel diritto internazionale pattizio, che sicuramente sta alla base della Dichiarazione I della Commissione Franceschini e, ancora oggi, del Codice, è la stessa Carta Costituzionale che pone le basi della tutela del patrimonio artistico. Non può esservi analisi dell'oggetto del Codice che non tenga conto della Costituzione e, in generale, della storia che precede il vigente testo normativo.

Oggi, dunque, è più facile, rispetto al passato, individuare i beni culturali in quanto l'oggetto della tutela nel Codice è meglio precisato: la tutela è apprestata non più in considerazione delle “cose” esteticamente belle ma

² G. Sciullo, *op. cit.*, p. 22.

perché tali cose sono “beni” che non dispongono soltanto o semplicemente di valore materiale ma come afferma Gian Paolo Demuro «l’interesse storico-artistico che costituisce il valore ideale e l’elemento materiale si compenetrano, cosicché tale interesse diventa l’essenza del bene e non solo il motivo (la ratio) della tutela».³

L’art. 2 del Codice recita:

«Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici.

Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà».

La disposizione in esame presenta diversi profili di interesse.

In primo luogo, sostenere che beni culturali siano soltanto quelli indicati o meglio, tipizzati specificamente dalla disposizione sarebbe errato se non altro perché, a ben vedere, è la nozione stessa di beni culturali, o di arte, ad essere sfuggente: testi normativi a parte, l’arte può manifestarsi ed essere definita in modi diversi.

Quale tutela se non ci fosse una definizione o se l’opera non fosse riferibile alla nozione esistente?

Per rimediare a qualunque possibile vuoto di tutela è il legislatore che, partendo dall’aura di mistero che circonda l’opera d’arte, fornisce una definizione di beni culturali così da circoscrivere, facendole rientrare nel giuridico, quelle “cose” che presentano profili di interesse non solo artistico e che, di conseguenza, entrano a far parte di quel *quid* tipizzato perché definito dalla legge.

³ G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 24.

Posta la nozione tipizzante ho affermato che sarebbe errato limitarsi a considerare beni solo quelli indicati.

Questo perché se è vero che è stato il legislatore del Codice a delineare l'oggetto di tutela dello stesso, da altra prospettiva non è possibile configurare l'art. 2 come un *numerus clausus*: i beni culturali sono certamente quelli del tipo indicato, ma non solo, perché è la stessa disposizione che lascia aperta la possibilità di ampliare il *genus* dei beni che oltre ad essere quelli "individuati dalla legge" sono anche quelli che si presume il legislatore possa qualificare come tali in ragione di "testimonianze aventi valore di civiltà" e di conseguenza tali da arricchire il patrimonio culturale.

Sotto altro profilo è notevole considerare che, sebbene una nozione oggi ci sia, questa non è mai una perché non è uno il bene da tutelare: ed effettivamente l'elenco contenuto nella disposizione normativa è vasto perché i beni tutelati sotto ogni profilo interno ed internazionale non sono soltanto artistici o storici ma anche archivistici, bibliografici e di altro tipo, a conferma della già citata natura dell'art. 2 ossia il non essere *numerus clausus*.

Che la protezione predisposta dal legislatore codicistico comprenda sia beni mobili che immobili è testimonianza di una tutela che vuole essere piena, non limitata ai mobili solo perché maggiormente suscettibili di circolazione ed esportazioni illecite. L'opera d'arte, infatti, non va difesa solo dal traffico illecito, sebbene questo rappresenti la forma d'offesa maggiormente perpetrata.

Tutelare le opere d'arte non significa soltanto predisporre misure sanzionatorie che intervengano successivamente al momento patologico, che certamente è più facilmente realizzabile tramite traffico interno o internazionale di oggetti trasportabili e da cui deriva, per i trafficanti, un buon profitto monetario. Significa tutelare ogni opera anche anteriormente

all'offesa vera e propria predisponendo misure preventive tali da dissuadere dall'arrecare l'offesa.

Il Codice prevede una tutela il più ampia possibile avendo riguardo non soltanto ai beni appartenenti allo Stato ma anche a quelli appartenenti ai privati i quali sono tenuti, per espressa previsione, a garantire la conservazione dei beni.

Non potrebbe essere diversamente se si pensa che sono proprio i privati i principali protagonisti delle offese ai beni culturali, basti pensare, ad esempio, alle fortuite e non denunciate scoperte di reperti archeologici in aree di appartenenza privata nel corso di opere di ristrutturazione edilizia o in altre circostanze che comunque conducono il privato, consapevolmente o meno, all'impossessamento del bene.

Nella parte seconda del codice, agli articoli 10 e 11, si prevede nel dettaglio l'elenco dei beni e i soggetti che ne sono titolari, e le specifiche disposizioni di tutela.

L'art. 10, da un lato, richiama l'art. 2 con riferimento all'interesse artistico, storico e non solo dei beni, dall'altro precisa le categorie di soggetti cui appartengono le opere: non solo lo Stato ma anche «regioni, enti pubblici territoriali, enti ed istituti pubblici, persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti». ⁴

La disposizione prosegue con un dettagliato elenco di ulteriori beni culturali assoggettati interamente alla disciplina codicistica ed appartenenti sia a soggetti pubblici che privati, mentre l'art. 11 include beni sottoposti a specifiche disposizioni di tutela come affreschi, stemmi, graffiti, e quanto dettagliatamente elencato.

L'oggetto della tutela codicistica è, quindi, preceduto dai principi generali in materia che fissano *in primis* il concetto di tutela del patrimonio

⁴ Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.lgs. 42/04, Parte seconda, Titolo primo, Capo primo, articolo 10.

culturale per poi delineare in particolare i singoli beni.

La delimitazione dell'oggetto della tutela prosegue inoltre con la disposizione di cui all'art. 12 rubricato "Verifica dell'interesse culturale".

Perché la necessità di tale verifica?

La verifica dell'interesse culturale consiste nell'individuazione dei beni culturali.

Questo significa che non ogni cosa che rientra nell'elenco di cui all'art. 10 è per questo stesso fatto automaticamente bene culturale ai sensi di legge, o quantomeno non ogni cosa elencata e appartenente a qualunque soggetto è da qualificare come bene culturale dal momento che, in base alla titolarità del soggetto, sono diverse le conseguenze che ne derivano.

La risposta all'interrogativo posto in merito al perché della verifica è risolto in via giurisdizionale: «la tutela dei beni è determinata dal loro valore "culturale" e dal relativo interesse pubblico, da accertarsi con atto amministrativo discrezionale, soggetto al sindacato del giudice amministrativo».⁵

Ciò è la conseguenza del fatto che, in alcuni casi, per beni di dubbio valore - magari perchè contraffatti così bene da apparire come originali - è da accertarsi il valore effettivamente culturale al fine di evitarne l'assoggettamento alla disciplina codicistica quando essi in realtà, non presentano quell'interesse storico, artistico, archeologico o di altro tipo che la legge richiede prima di ogni altro aspetto.

Riguardo al fatto se l'art. 12 si applichi o meno a tutti i beni la soluzione, tale per cui la verifica riguarda le cose mobili e immobili appartenenti ad enti pubblici e persone giuridiche private senza scopo di lucro, di autore non vivente e risalenti a più di cinquant'anni, è data dalla relazione al Codice che evidenzia come per i beni appartenenti allo Stato operi «una

⁵ *Corte Costituzionale*, sent. 9 marzo 1990 n. 118.

presunzione generale di culturalità».⁶

L'elemento di appartenenza del bene ad un determinato soggetto è il punto di partenza per procedere o meno alla verifica.

Constatato che si tratti di beni per i quali questa debba essere effettuata, in quanto forma di tutela, i competenti organi del Ministero per i beni e le attività culturali, d'ufficio o su richiesta, verificano che sussista l'interesse culturale del bene nel frattempo assoggettato alla tutela prevista.

La pronuncia negativa in merito comporta, se il bene è demaniale, la possibilità di alienarlo e in ogni altro caso la non osservanza del Codice.

In caso contrario, il bene è da considerarsi culturale a tutti gli effetti e di conseguenza andrà sottoposto alla tutela codicistica, ma purtroppo anche ai rischi cui oggi tutti i beni in oggetto incorrono.

Richiamando la sentenza n. 118/90 della Corte Costituzionale, che affida al giudice amministrativo la materia relativa all'accertamento del valore culturale del bene, è bene infine precisare che, di fronte a tale giudice, è possibile ricorrere se il procedimento di verifica non trova conclusione entro centoventi giorni decorrenti dal ricevimento della richiesta, qualificando un'ipotesi di silenzio-inadempimento.

2. L'oggetto della tutela nel diritto internazionale penale: Statuto del Tribunale penale della ex Jugoslavia e Statuto della Corte Penale Internazionale.

La storia internazional-penalistica rappresenta per molti aspetti il punto di partenza per la tutela dei beni culturali.

Tutelare l'arte, in tutte le sue forme, con riguardo a qualunque tipo di bene, e soprattutto in ogni momento, è da tempo prerogativa del diritto internazionale penale.

⁶ G. Sciullo, *op. cit.*, p. 33.

Quel “delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto” quale è il patrimonio da tutti i popoli condiviso, è la forma più alta di protezione, tra le altre cose, dei beni culturali.⁷

Il fatto che lo Statuto della Corte Penale Internazionale esordisca, nel preambolo, in questi termini e proseguendo affermi il dovere degli Stati di incriminare i responsabili dei crimini internazionali, è chiara espressione che la tutela dei beni culturali è oggetto di tutela internazionale.

La materia non sembra essere uniforme in ambito interno ed internazionale.

Gli Stati predispongono misure volte alla protezione delle opere d’arte limitandosi il più delle volte ad una tutela “tradizionale”, più tipica, per la quale intendo la protezione da danneggiamento, contraffazione, traffico illecito, scavi clandestini, il diritto internazionale invece va oltre.

Tutela dei beni culturali non significa soltanto adeguare la legislazione alle classiche forme d’offesa ai beni solo perché più comunemente perpetrate, perché più “interessanti” sotto il profilo criminologico e per certi versi ancora da scoprire; proteggere l’arte significa anche capire che si mira a proteggere un interesse generale dell’umanità.

Ciò che tutela il diritto internazionale penale è un diritto che, in quanto tale, spetta ad ogni soggetto: diritto al patrimonio culturale, alla sua conservazione perché, come si vedrà, non è un diritto fine a se stesso.

E la tutela internazionale, che muove principalmente dai crimini di guerra e contro l’umanità, non si limita al diritto consacrato in apposite Convenzioni ma passa da una dimensione sostanziale ad una processuale. Protegge i beni culturali sotto ogni aspetto assicurando la messa in moto di un processo di fronte ad apposite corti penali quali il Tribunale penale per la ex Jugoslavia e, esercitante una giurisdizione complementare, la

⁷ *Preambolo dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.*

Corte Penale Internazionale.

Come sarebbe possibile garantire un tale diritto se, in un contesto soprattutto bellico, ci vuole poco a distruggere l'arte in un sito archeologico e rischiare, così, di cancellare dalla memoria di un popolo la storia della sua cultura?

È esattamente ciò che è accaduto in Siria, a Palmira, dove il tentativo di annientare, persino uccidendo l'archeologo Khaled Assaad, la memoria del popolo "nemico" è stato messo in atto anche al fine di scrivere la storia di uno "Stato" che tale vorrebbe affermarsi con un'unica logica, quella della guerra. *«Qui la jihad, planetaria e totalitaria, ha cercato di cancellare la Storia che è molteplicità, incrocio, sovrapposizione per scrivere quella unica, la sua»*.⁸

Chiaramente quello appena esposto è solo un richiamo alla più che attuale situazione di offesa alle opere d'arte, ad una situazione che, all'opinione pubblica appare più tragica ed erroneamente l'unica, rispetto ad altre, perchè immediatamente legata all'ISIS. Il problema, però, non si nasconde solo dietro al Califfato - benchè le conseguenze dell'attività di questo siano oramai all'ordine del giorno - ma anche dietro alle realtà più piccole delle organizzazioni clandestine le cui attività, in ragione della segretezza con cui avvengono, probabilmente dovrebbero destare maggiore o almeno uguale preoccupazione di quelle più palesi.

Da qui la stessa necessità, per i singoli Stati e per la comunità internazionale, di colpire le organizzazioni criminali a prescindere che si tratti di organizzazione terroristica che *de facto* mira a comportarsi, essa stessa, da Stato o di singoli individui la cui responsabilità è diversa da quella statale, ma che mirano allo stesso obiettivo: distruggere l'arte per cancellare un popolo.

⁸ D. Quirico, *La lucida follia dell'Isis a Palmira: cancellare gli incroci della Storia*, in LaStampa, 30/03/2016

È un diritto umano quello alla cultura, così come lo è quello alla pace: l'obbligo di rispettare tali diritti è obbligo *erga omnes*. La cultura non è meno importante di altri diritti umani, anzi è suo tramite che si tutela anche la vita.

Per questo motivo gli Statuti dei tribunali di cui sopra, che giudicano i crimini commessi in tempo di guerra in territori più o meno specifici, includono la tutela dei beni culturali nel contesto delle violazioni dei diritti umani in tempo di guerra.

Quale conservazione del patrimonio quando l'offesa alle opere d'arte coinvolge gli Stati in un contesto di belligeranza?

È facile pensare alla tutela internazionale e alla cooperazione tra Stati in tempo di pace quando ci si limita al contrasto della circolazione illecita dei beni. Ma ancora, purtroppo, poco chiaro è che l'arte va difesa in ogni tempo, forse soprattutto in guerra, per tutelare anche altri diritti umani.

Si potrebbe contraddire quanto sostenuto opponendo l'idea per la quale in tempo di guerra sarebbe per prima cosa logico difendere i civili, le loro abitazioni, la vita insomma, perché è il diritto per eccellenza, piuttosto che un monumento: certamente.

Ma la storia ci insegna che esiste il terrorismo culturale, volto a realizzare una purificazione etnica.

Non muore forse ugualmente un popolo che subisce il distruggere dei propri siti culturali, che vede la mutilazione dei beni della propria storia, artistici o religiosi, per essere costretto a lasciare il territorio al comando di criminali o, peggio ancora, per essere eliminato per sempre?

È la classica forma di attacco all'identità artistico-culturale al fine della riconosciuta, da parte dell'ONU, "purificazione etnica" di un popolo.

È qui che opera il Tribunale penale per la ex Jugoslavia, che ha giurisprudenzialmente riconosciuto questa terribile pagina della storia: tra i tanti casi, quello della distruzione di siti religiosi, a parte i massacri e le

violenze di ogni tipo, dei serbi contro i musulmani bosniaci ai fini di realizzare «un piano volto a sradicare la memoria dei Musulmani in quell'area, all'eliminazione totale, anche morale e psicologica, del nemico».⁹

Per questo affermo che il diritto al patrimonio culturale non è mai fine a se stesso. È strumentale alla difesa di una parte dei diritti umani.

Non solo: se da un lato opera questo tribunale *ad hoc*, dall'altro, come anticipato, ha il suo fondamentale ruolo anche la Corte Penale Internazionale in considerazione dell'esercizio di una giurisdizione sovranazionale complementare.

Gli statuti di queste corti riconoscono i beni culturali come beni giuridici. A rafforzare la tutela assicurata dallo Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia e da quello della Corte Penale Internazionale, o più esattamente, a farne da presupposto, è la “*Convenzione dell’Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato*”: è, infatti, a partire da questo testo che si consacra effettivamente il diritto alla tutela del patrimonio artistico-culturale, storico, etnico, religioso di ogni Stato come diritto umano dei beni che appartengono all'umanità.

Grazie alla Convenzione dell’Aja si traduce in consuetudine ogni principio relativo alla protezione delle opere d'arte e si supera qualsiasi confine tra Stati che possa essere di ostacolo a questa tutela.

Il preambolo della Convenzione appena citata è significativo:

«Le Alte Parti Contraenti, constatando che i beni culturali hanno subito gravi danni nel corso degli ultimi conflitti e che, in conseguenza dello sviluppo della tecnica della guerra, essi sono viepiù minacciati di distruzione, convinte che i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo essi appartengano, costituiscono danno al patrimonio culturale

⁹ A.M. Maugeri, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p.95.

dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale, considerando che la conservazione del patrimonio culturale ha grande importanza per tutti i popoli del mondo e che interessa assicurarne la protezione internazionale, guidate dai principi su cui si fonda la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato [...] Considerando che, per essere efficace, la protezione di detti beni deve essere organizzata fin dal tempo di pace con misure sia nazionali che internazionali, ad adottare tutte le disposizioni possibili per proteggere i beni culturali, hanno convenuto le disposizioni seguenti».¹⁰

In questo modo si assume consapevolezza del significato del conflitto armato, del suo rischio di minare quel “patrimonio culturale dell'umanità intera” che proprio per questo non può fare a meno di formare oggetto di giurisdizione penale internazionale.

Ecco perché la tutela dei beni culturali è garantita contro ogni più o meno sottile forma di violenza, dal rischio di annullare l'identità storica e culturale di un popolo attraverso fattispecie diverse, dal danneggiamento e bombardamento alla confisca di beni, che rientrano nell'attività di protezione diretta ed indiretta dei giudici internazionali.

Ma dei conflitti armati si dirà in seguito.

Fondamentale è, per adesso, capire il meccanismo di cooperazione tra Stati anche in tempo di pace, espressamente affermato a l'Aja, perché non bisogna pensare alla tutela dei beni culturali nel senso che gli Stati nazionali intervengono in tempo di pace e la comunità internazionale in tempo di guerra, separatamente gli uni dall'altra. Al contrario il meccanismo di protezione comporta la creazione di un unicum, di un misto di cooperazione, direi, preventiva e successiva, fatta di Trattati e

¹⁰ Art. 9 Statuto del Tribunale internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991. Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 827 (1993) del 25 maggio 1993.

tribunali.

Cooperazione che può realizzarsi anche grazie alla giurisdizione concorrente tra Stati e Tribunale penale per la ex Jugoslavia, come disposto dall'art. 9 dello Statuto:

«Il Tribunale internazionale e le corti nazionali hanno giurisdizione concorrente per giudicare le persone accusate di gravi violazioni al diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1° gennaio 1991. La giurisdizione del Tribunale internazionale prevale su quella dei tribunali nazionali. Ad ogni fase del procedimento, il Tribunale internazionale può richiedere, formalmente, ai tribunali nazionali di deferire il caso alla sua giurisdizione, secondo le norme del presente Statuto e del Regolamento di procedura dello stesso Tribunale internazionale».

Mentre essendo quella della Corte Penale Internazionale una giurisdizione complementare è chiaro che può attivarsi solo laddove gli Stati non vogliano o non possano incriminare l'autore del fatto: in ogni caso la ratio della giustizia internazionale è tale per cui, in un modo o nell'altro, il crimine deve essere punito. Dove non arriva o non può la tutela nazionale supplisce quella internazionale.

La tutela, la difesa in ogni tempo, dell'arte è espressamente sancita dagli Statuti.

Non si sta analizzando una tutela indiretta nel senso che, in qualche modo, i beni culturali si fanno rientrare nel meccanismo in oggetto senza espresso richiamo.

Gli statuti si differenziano l'uno dall'altro nel fornire la nozione di beni culturali: lo Statuto del Tribunale penale per la ex Jugoslavia accoglie quella stabilita a l'Aja nel 1954 che li definisce direttamente, elencandoli, mentre quello della Corte Penale Internazionale si rifà al Regolamento dell'Aja il cui art. 27 dispone: «Negli assedi e bombardamenti devono

essere presi tutti i provvedimenti necessari per risparmiare, quanto è possibile, gli edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze [...] i monumenti storici [...]».

Lo Statuto del Tribunale penale per la ex Jugoslavia, all'art. 3, lett. D, persegue «le persone che abbiano violato le leggi o le consuetudini di guerra. Tali violazioni includono i seguenti comportamenti [...] d) confisca, distruzione o danneggiamento volontario di istituti dedicati al culto, all'assistenza, all'educazione, alle arti o alle scienze, di monumenti storici e opere d'arte o di scienza».

Lo Statuto della Corte Penale Internazionale, invece, include espressamente tra i crimini di guerra le violazioni della Convenzione di Ginevra del 1949 realizzate in modo da «dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici [...]».

3. La tutela costituzionale.

“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.¹¹

“L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento”.¹²

“[...] Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie [...] s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”.¹³

¹¹ Art. 9 Costituzione italiana.

¹² Art. 33, primo comma Costituzione italiana.

¹³ Art. 117, secondo comma, lettera s Costituzione italiana.

“La Repubblica Italiana riconosce la bellezza quale elemento costitutivo dell’identità nazionale, la conserva, la tutela e la promuove in tutte le sue forme materiali e immateriali: storiche, artistiche, culturali, paesaggistiche e naturali”.¹⁴

Probabilmente, chi leggerà questo lavoro obietterà sulla citazione di chiusura dell’elenco delle disposizioni dato che l’ultimo “articolo” citato non è un articolo.

Non esiste da nessuna parte della Costituzione, né in altro testo normativo. Semplicemente si tratta di una proposta di modifica legislativa, che quasi certamente, resterà soltanto tale, intenzionata ad aggiungere questo comma a quello dell’art. 1.

Una proposta che ha voluto fare dell’arte italiana il simbolo stesso del Paese, il simbolo di una cultura troppo spesso offesa, danneggiata e sottratta illecitamente all’identità nazionale.

Una tentata modifica *in melius* che, se non altro, mette in luce la circostanza per cui la tutela costituzionale del patrimonio artistico probabilmente non basta, non solo alla luce dei redditizi e criminosi ricavi da traffico illecito ma per il fatto che «la bellezza è un diritto assoluto di cui molti non sono consapevoli o cui preferiscono rinunciare».¹⁵

Il problema che sta alla base di ciò è che si ha pochissima conoscenza di questo “diritto” e purtroppo scarsa, se non totalmente assente, consapevolezza della gravità della sua violazione che è anche, allo stesso tempo, violazione del testo del ‘48.

Di contro pare che, per il semplice fatto di avere tutelato il patrimonio artistico qua e là nella Costituzione, soprattutto con riferimento all’art. 9,

¹⁴ Proposta di modifica all’art 1 della Costituzione italiana del 22 maggio 2014.

¹⁵ V. Sgarbi, *La bellezza della Carta*, in M. Ainis, V. Sgarbi (a cura di), *La Costituzione e la Bellezza*, La nave di Teseo, Milano, 2016, cit., p. 17.

si possa chiudere il capitolo arte e guardare ad altro.

È come se la Costituzione, discutibilmente intoccabile nei suoi dodici principi fondamentali, avesse detto tutto quello che doveva senz'altra, futura, soluzione.

Ma dal momento che «nessuna Costituzione si esaurisce in un catalogo di valori giuridici, politici, civili, perché nelle norme costituzionali risuona la storia d'ogni popolo, e dalla storia dipende la sua specifica cultura»¹⁶ è più che evidente che la tutela costituzionale dell'arte non può essere statica.

Storia di ogni popolo non è solo quella che è stata, ma quella che è e che sarà.

Allo stesso modo la Costituzione tutela l'arte che è stata, che è e che sarà. Ma per poter convincersi di questo è necessario adeguare l'interpretazione dell'art. 9 alla «funzione dinamica dei beni culturali»¹⁷ e soprattutto convincersi che i beni culturali, in quanto giuridici, hanno la stessa dignità di qualunque altro bene giuridico.

Se si interpretasse l'art. 9 rigidamente non avrebbe senso l'incipit del secondo comma della disposizione, “Tutela”, che vuole essere invece manifesto segno di attualità della protezione e non solo conservazione dei beni.

La sola conservazione dei beni non può rientrare nell'ottica costituzionale: l'arte non è fatta per conservare se stessa, ma per formare culturalmente. Per essere esercitata liberamente, come dispone l'art. 33 della Carta costituzionale, e per essere oggetto di legislazione in virtù dell'art. 117.

Tornando al principio: il dinamismo non può che essere l'unico *modus operandi* dei beni culturali, dell'arte. Solo nella misura in cui l'arte riesce ad essere letta nel presente e a formare reale oggetto di studio e di

¹⁶ M. Ainis, La Carta della bellezza, in M. Ainis, V. Sgarbi (a cura di), *op. cit.* p., 11.

¹⁷ G. P. Demuro, *op. cit.*, p. 30.

insegnamento, in una parola, ad essere vissuta, è soddisfatta una prima condizione: lo sviluppo della cultura.

Non a caso l'art.9 al primo comma funge, tra le altre cose, da introduzione al secondo perché anticipa e poi conferma che l'arte è cultura a tutti gli effetti e come tale merita piena considerazione.

Non avrebbe avuto alcun senso inserire, perché si sarebbe ricaduti in quella inutile prospettiva statica, la tutela dell'arte da qualche altra parte. Invece, nella perfetta architettura della Costituzione, gli elementi della conservazione e tutela, quale forma di valorizzazione e fruizione dell'arte, si sono amalgamati. O quantomeno così sembra.

Dato per assodato ciò, molto più incerto è l'effettivo ruolo di tutela dell'arte in quella *fons fontium* che è la Costituzione. Dico effettivo perché pare che il testo, nonostante l'art. 9, non realizzi una tutela precisa. Non mi pare soddisfatta una seconda condizione: la pienezza di tutela costituzionale.

Per essere effettiva, chiara e certa, la tutela sancita da un testo costituzionale, probabilmente, non dovrebbe essere così limitata. Sembra che qualche pagina della storia, all'atto della redazione del testo, fosse stata, se non dimenticata, quantomeno poco letta.

Infatti, se l'Italia ha conosciuto il fenomeno delle spoliazioni napoleoniche, dai più considerate come veri trafugamenti e da altri "leciti" risultati delle conquiste, e se poi l'art. 9 della Costituzione italiana è stato preso a modello da altri Stati, come mai non c'è disposizione che riguardi l'uso illecito delle opere d'arte?

Da cosa la Repubblica tutela il patrimonio storico e artistico?

La Carta fondamentale non ci dà risposta, ma pone un principio generale. Non indica né la necessità di sanzionare con pena l'offesa al patrimonio storico-artistico né indica al legislatore ordinario il tipo di misure da adottare.

Per questo la tutela costituzionale non mi pare piena.

Con questo non intendo che debba essere regolata in via costituzionale l'intera materia: è impossibile e non è compito del testo costituzionale.

Ma credo che sarebbe stato opportuno consacrare, in un testo così fondamentale, principi altrettanto fondamentali della protezione dell'arte, quantomeno quello della tutela penalistica.

Proprio perché consapevoli di passate vicende, fatte di trafugamenti di opere d'arte, sarebbe stato auspicabile che i Padri costituenti avessero chiarito, anche minimamente, la natura delittuosa dell'offesa al patrimonio artistico.

Costituzioni posteriori alla nostra prevedono espressamente che la materia sia regolata da leggi speciali; il testo italiano invece, fino alla riforma costituzionale n. 3/01, non ha previsto espressamente che il legislatore, esclusivamente statale, si occupasse del problema.

Queste perplessità nascono dal fatto che il testo del '48 è stato preso a modello per la redazione delle Costituzioni da parte di altri Stati i quali, però, non si sono limitati alla previsione di un articolo corrispondente al 9, ma hanno sancito costituzionalmente altri principi basilari che fanno da contorno alla materia.

Per esempio, la Costituzione greca impone espressamente il dovere allo Stato di adottare misure preventive o repressive per la protezione dell'ambiente naturale e culturale. È come se questo Stato, come altri, avesse superato il "limite" del testo italiano.

D'altra parte, bisogna anche notare che il testo costituzionale italiano è stato, probabilmente, il primo ad affermare chiaramente la natura giuridica dei beni culturali. E non è cosa di poco conto. Quale testo normativo anteriore alla Costituzione italiana ha saputo tutelare le opere d'arte in ragione della loro essenza che va aldilà del senso estetico? Nessun testo prima di allora ha reso intangibile in un principio fondamentale il termine

più emblematico di tutti: patrimonio storico e artistico.

È dalla Costituzione italiana in poi che, anche le Convenzioni internazionali, adotteranno questo *nomen* e probabilmente prenderanno atto dell'importanza della materia tanto da farne un obbligo *erga omnes*.

La positiva soluzione costituzionale è stata, quindi, sia quella di adottare un termine in grado di superare ogni distinzione tra mobili e immobili - tutelati perchè "beni" e non perchè soltanto cose di "interesse", termine riduttivo, artistico - sia quella di anticipare il termine "beni culturali" che, oltre ad esprimere essenza giuridica si collega al primo comma dell'art. 9, sviluppo della cultura.

Perché infatti si parla di beni e non, per esempio, di opere culturali?

Perché, a parer mio, la Carta costituzionale non ha voluto escludere i soggetti dall'essere i primi titolari di questi beni né negare che lo sviluppo della cultura, prerogativa dello Stato, passi attraverso i beni di questo patrimonio.

Non è un caso che la scelta legislativa si sia, nel tempo, evoluta fino a parlare di beni. Probabilmente se il legislatore codicistico avesse predisposto una tutela delle "opere culturali", il grado di protezione di queste, oggi, non sarebbe stato lo stesso.

E, magari, non sarebbe stata la stessa la percezione soggettiva delle opere d'arte.

O meglio, se tutt'ora, purtroppo, questa stessa percezione, cioè il senso di personale appartenenza dei beni, è sfumata e poco consapevole, tanto più, credo, lo sarebbe stata se si fosse fatto uso di altra terminologia.

Tant'è vero che quando si discute di un certo artista si indicano le sue opere come tali, come "solo sue", non in quanto beni: sembra che si circoscriva la relazione tra l'artista soltanto e il risultato della sua attività creativa.

Identica sarebbe stata la conseguenza della tutela delle "opere" culturali:

solo la considerazione della relazione tra l'artista e l'opera, a mio avviso, non avrebbe potuto condurre a predisporre una tutela costituzionale, e poi ordinaria, a livello di patrimonio e anche, celatamente, di diritto dell'individuo dato che l'opera, di sola appartenenza del suo rispettivo autore, non avrebbe formato quel patrimonio che invece esiste.

È grazie alla terminologia, per nulla casuale, con la quale è stato redatto l'art.9 Cost. che l'arte entra in contatto con il mondo giuridico.

Il fatto che si tuteli il patrimonio artistico e, quindi, i beni che ne fanno parte è indice di tutela dell'individuo: ossia la Costituzione garantisce che venga rispettato il diritto alla cultura, anche artistica, del soggetto proprio perchè i beni culturali gli appartengono.

Il patrimonio, che anticipa il concetto di beni culturali, ha almeno due dimensioni: quella più universalistica, dell'arte che appartiene a tutti, e quella individuale, legata a completamento della prima, che risponde alla logica costituzionale che è quella di guardare al singolo nelle formazioni sociali.

L'eventuale nozione di opere culturali, invece, poco o nulla avrebbe avuto di tutto ciò a causa del distacco, a priori, tra arte e soggetto diverso dall'artista. Se il testo costituzionale si fosse espresso nel senso della tutela delle opere e non del patrimonio storico e artistico non avrebbe avuto ragion d'essere la disposizione nel suo complesso che lega, come detto, l'arte allo sviluppo della cultura.