

Attività investigative e strumenti di contrasto ai fenomeni criminosi connessi al cultural heritage: un terreno fertile per rimuovere, in futuro, i dubbi presenti

Marco Fusaroli

Abstract

The concept of common heritage of mankind, introduced in a completely "revolutionary" way by the UNESCO Convention in 1972, has undoubtedly sensitized also the penal discipline of national legal systems, in the broader panorama of safeguarding policies adopted by the international community. It is, in this regard, emblematic of the progression in the global context of the need, which has matured over time, to introduce pactual sources – of "broad sharing" among states – aimed at shaping a specific form of criminal protection for cultural property: essential to protect the heritage of humanity.

Precisely from the experience formed by the succession of international agreements on the first systems of multilateral guarantee and cooperation, the first Treaty on the criminal defense of artistic and cultural heritage outside the context of war was signed in Nicosia in 2017: with the main objective of preparing a common line marked by the prevention and fight against illicit trafficking and destruction of cultural property.

It is of recent coinage the alignment of our legal system with the Convention, which took place through the entry into force of Law No. 22 of March 9, 2022, bearing the Provisions on Crimes against Cultural Heritage, which took charge of systematically reorganizing the previous substantive discipline with a view to tightening the punitive treatment and revising investigative methods.

So, a first step has been taken by our legislature toward the internal reorganization of systems to combat criminal phenomena related to cultural heritage. A new Title VIII-bis was coined in the Penal Code headed "Of crimes against cultural heritage," and undercover investigations were extended – a novelty that had also been the subject of bills n. 646/2013 and n. 2864/2017 discussed in the 17th Legislature – to the newly introduced crimes of laundering and self-laundering of cultural heritage.

Well, the purpose of the paper is to analyze the novelties of the reform, calibrated precisely on the peculiarities of the detection of these forms of offenses, comparing them with past issues.

Il concetto di patrimonio comune dell'umanità, introdotto in via del tutto "rivoluzionaria" dalla Convenzione UNESCO nel 1972, ha indubbiamente sensibilizzato – tra i numerosi ambiti d'incidenza – anche la disciplina penalistica degli ordinamenti nazionali, nel più ampio panorama delle politiche di salvaguardia adottate dalla Comunità internazionale. È, a tal proposito, emblematica la progressione nel contesto mondiale dell'esigenza, maturata nel tempo, di introdurre fonti pattizie – di "larga condivisione" tra gli Stati – volte a plasmare una forma specifica di tutela penale per i beni culturali: essenziale per proteggere il patrimonio dell'umanità.

Proprio dall'esperienza formatasi dal susseguirsi di accordi internazionali sui primi sistemi di garanzia e cooperazione multilaterale, nel 2017 è stato firmato a Nicosia il primo Trattato sulla difesa penale del patrimonio artistico e culturale al di fuori del contesto bellico, con il precipuo obiettivo di predisporre una linea comune improntata sulla prevenzione e sulla lotta al traffico illecito e alla distruzione di beni culturali.

È di recente conio l'allineamento del nostro ordinamento alla Convenzione, avvenuto mediante l'entrata in vigore della Legge n. 22 del 9 marzo 2022, recante le Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, che si è fatta carico di riorganizzare sistematicamente la disciplina sostanziale previgente nell'ottica di un inasprimento del trattamento sanzionatorio e di una revisione dei metodi investigativi.

Dunque, un primo passo è stato mosso dal nostro legislatore verso la riorganizzazione interna dei sistemi di contrasto ai fenomeni criminosi connessi al *cultural heritage*. È stato coniato il nuovo titolo VIII-*bis* nel codice penale rubricato "Dei delitti contro il patrimonio culturale" e sono state estese le indagini sotto copertura – novità che era stata anche oggetto dei disegni di legge n. 646/2013 e n. 2864/2017 discussi nella XVII legislatura – ai neo-introdotti delitti di riciclaggio e autoriciclaggio di beni culturali.

Ebbene, la finalità del contributo è quella di analizzare le novità della riforma, calibrate proprio sulla peculiarità dell'accertamento di tali forme di illecito, raffrontandole con le problematiche passate.

Parole chiave: operazioni sotto copertura; reati contro il patrimonio culturale; intercettazioni; trojan horse.

Marco Fusaroli: Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

✉ marco.fusaroli3@unibo.it

1. Premessa

Il presente contributo si pone l'obiettivo di esaminare l'attuale quadro normativo attinente alle attività investigative in materia di reati connessi al *cultural heritage* alla luce della recente legge 9 marzo 2022, n. 22, con cui sono state recepite nel nostro ordinamento le linee di indirizzo dettate dalla Convenzione di Nicosia del 2017. Al fine di introdurre l'analisi, verrà brevemente passata in rassegna la "risposta" fornita dal diritto punitivo all'esigenza di tutela dei beni culturali prima della ratifica della Convenzione, così da comprendere in che modo la novella sia intervenuta sulla disciplina penale, sia sostanziale che processuale.

Lo scopo che ci si pone è quello di proporre una lettura integrata del precedente assetto e le recenti novità normative, considerando la possibilità, ora, di ricorrere all'utilizzo delle intercettazioni, anche mediante captatore informatico, per registrare le comunicazioni tra presenti e allo strumento delle *undercover investigation*.

La necessità di predisporre un arsenale investigativo, anche di elevato livello tecnologico, quale strumento per contrastare efficacemente le attività illecite sottese alla circolazione dei beni culturali era divenuta ormai ineludibile. Le esigenze di un'armonizzazione normativa si potevano (e si possono) trarre anche dall'esperienza applicativa delle agenzie europee; in particolare, dal report Europol del 2021 è emerso il sempre più frequente passaggio del traffico illecito dei beni culturali dal "tradizionale" mercato nero "fisico", al *marketplace online* spesso localizzato nel *deep web*, al fine di sfruttare le innumerevoli potenzialità di anonimato che la rete offre, oltre al problema del cosiddetto «grey market»²⁴⁴.

Chiario, dunque, come tale scenario, che testimonia forme di criminalità sempre più evolute, sia destinato a confrontarsi anche con le spinose questioni concernenti le investigazioni in ambiente digitale.

2. Il diritto punitivo nella prospettiva domestica della tutela del patrimonio culturale e artistico: un primo sguardo alle implicazioni processuali

Come anticipato, nel nostro ordinamento l'impianto normativo dedicato alla tutela penale dei beni culturali è ampiamente mutato attraverso la recentissima riforma che si è occupata di mettere mano sia alla disciplina sostanziale, mediante l'introduzione di nuove fattispecie di reato, sia alla disciplina processuale, in particolare in relazione alle indagini preliminari.

Rispetto al diritto penale, la situazione *ante* novella ci metteva dinanzi ad un insieme di disposizioni ampiamente contraddittorie e incoerenti²⁴⁵, inidonee a tener conto (nelle fattispecie astratte) delle modalità esecutive che, nel tempo, sono andate perfezionandosi in questo settore²⁴⁶.

²⁴⁴ Si v. V. Manes, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Riposte 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. 90, secondo l'autore, diversamente da altri traffici illeciti, il commercio di opere d'arte non è del tutto illegale, essendo parte integrante di un mercato, in realtà, astrattamente lecito: la materia risulta, per tale motivo, particolarmente opaca.

²⁴⁵ G.P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis*, in *D.p.c. riv. trim.*, f. 1/2022, p. 7.

²⁴⁶ V., da ultimo, il comunicato stampa del Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale, in www.media.beniculturali.it, 12 giugno 2021, ove si dà atto della partecipazione all'operazione internazionale "Pandora V". In tale comunicato, si

La tutela penale dei beni afferenti al patrimonio artistico era tradizionalmente affidata a due gruppi di norme incriminatrici: uno si rinveniva nel codice penale e l'altro nella legislazione complementare²⁴⁷.

Nel codice Rocco, per vero, non si rilevava una espressa classe di reati posti a presidio dell'opera d'arte: l'articolato normativo si dedicava piuttosto a presidiare in via generale l'integrità della *res* o il suo trasferimento²⁴⁸.

Nella legislazione complementare spiccava la parte quarta del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (artt. 169 ss.), al cui interno figurava un sistema sanzionatorio caratterizzato dalla coesistenza del diritto amministrativo e di quello penale, con il secondo confinato spesso in un ruolo ausiliario rispetto al primo²⁴⁹.

Infatti, il catalogo di reati – previsto al titolo II – era connotato da illeciti di pericolo in cui la sanzione penale conseguiva alla trasgressione delle disposizioni amministrative in materia di gestione e trasferimento dei beni culturali.

A fronte di una disciplina siffatta – «frammentaria e disomogenea»²⁵⁰ – si potevano riscontrare frequenti difficoltà sul piano dell'accertamento giudiziario. Non era, infatti, ammesso l'utilizzo degli strumenti investigativi più invasivi, contemplati dalla legge processuale, per condurre in maniera efficace le attività d'indagine in relazione a tali fenomeni criminosi; si pensi – in particolare – alle intercettazioni o alla possibilità di ricorrere all'utilizzo di indicazioni di copertura per partecipare in incognito alle attività di scambio, soprattutto nel *deep web*²⁵¹.

Ebbene, dando corso all'allineamento del nostro ordinamento alla Convenzione di Nicosia mediante l'entrata in vigore della l. n. 22/2022, recante le *Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*, il legislatore si è fatto carico di riorganizzare sistematicamente la disciplina

evidenza che «le attività hanno permesso di effettuare un esteso controllo del web (siti di case d'asta, pagine di commercio elettronico specialistico e generico, piattaforme social media) finalizzato all'individuazione di beni culturali di sospetta provenienza, da rendere oggetto di approfondimento durante la fase operativa [...]».

²⁴⁷ F. Mazzacupa, *La tutela dell'opera d'arte contemporanea*, in A. Corrado-S. F. D'urso, *L'arte contemporanea nella realtà giuridica*, Milano, 2021, pp. 251 ss.; peraltro, le origini di tale assetto bifronte della tutela – disperso tra il *Kenstrafrecht* codicistico e il *Nebenstrafrecht* appannaggio della legislazione complementare – sono molto remote, si tratta infatti di un “sottosettore” del diritto penale che ha mantenuto nel tempo una sostanziale continuità di tipo strutturale, a partire dalla l. n. 1089/1939, sul punto S. Manacorda, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma* in AA.VV. *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 7.

²⁴⁸ F. Mantovani, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, pp. 55 ss. G. Pioletti, *Sulla probatio diabolica della legittimità del possesso di cose d'interesse archeologico*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 517 ss.; V. Manes, *La tutela penale*, in AA.VV., *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, pp. 289 ss.; C. Perini, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19 febbraio 2018; A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19 dicembre 2021.

²⁴⁹ La sanzione penale sembrava relegata, nell'impianto normativo previgente, in una posizione del tutto secondaria. In tale scenario, come acutamente veniva osservato da S. Manacorda, op. cit. p. 7, la tutela rimaneva, così, prevalentemente appannaggio dello strumento amministrativo; sul punto si veda, altresì, L. D'agostino, *Dalla “vittoria di Nicosia” alla “navetta legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali*, in *D.p.c. riv. trim.*, f. 1/2018, p. 83; A. Massaro, *Illecita esportazione di cose di interesse artistico: la nozione sostanziale di bene culturale e le modifiche introdotte dalla legge n. 124 del 2017*, in *D.p.c. riv. trim.*, f. 5/2018, pp. 111 ss.

²⁵⁰ S. Manacorda, op. cit. p. 6.

²⁵¹ V. già L. Lupària, *Tutela dei beni culturali e processo penale*, in AA.VV. *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 194.

previgente nell'ottica di un ricorso diretto e compatto al diritto punitivo²⁵². Le modifiche apportate al codice penale hanno avuto – come anticipato e come vedremo nel prosieguo della trattazione – un'importante ricaduta sul sistema processuale.

3. Le attività investigative nella sfera del cultural heritage prima e dopo la l. n. 22 del 2022: in particolare, le intercettazioni e il trojan horse

La legge n. 22/2022 – dal punto di vista processuale – ha ampliato gli spazi entro i quali sono ammesse le operazioni sotto copertura, facendovi rientrare, ora, anche i reati in materia di beni culturali: in particolare, il riciclaggio e l'autoriciclaggio di opere d'arte. Inoltre, la creazione di nuove figure delittuose caratterizzate da un trattamento sanzionatorio particolarmente afflittivo determina conseguenti ricadute anche sulla disciplina delle indagini preliminari.

Infatti, le elevate cornici edittali predisposte ora per i delitti contemplati nel titolo VIII-*bis* del codice penale consentono di ricorrere all'uso delle intercettazioni, anche mediante l'utilizzo del *trojan horse*²⁵³, per captare le comunicazioni tra presenti.

Per comprendere in che modo il legislatore è intervenuto, e il conseguente impatto nell'ordinamento processuale, è necessario ripercorrere sinteticamente le problematiche, riscontrate nella prassi, antecedenti alla novella.

In proposito, si deve considerare come le inchieste in materia si siano sempre sensibilmente differenziate in funzione dello specifico scenario in cui si situa l'attività penalmente illecita, a seconda che questa sia inserita in dinamiche proprie della criminalità organizzata (anche a carattere internazionale), oppure risulti realizzata al di fuori di un contesto associativo penalmente rilevante.

²⁵² Nello specifico è stato predisposto un nuovo titolo VIII-bis rubricato «Dei delitti contro il patrimonio culturale» in cui rientrano: il furto di beni culturali, art. 518-*bis* c.p.; l'appropriazione indebita di beni culturali, art. 518-*ter* c.p.; ricettazione di beni culturali, art. 518-*quater* c.p.; impiego di beni culturali provenienti da delitto, art. 518-*quinqies* c.p.; il riciclaggio di beni culturali, art. 518-*sexies* c.p.; l'autoriciclaggio di beni culturali, art. 518-*septies* c.p.; la falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali, art. 518-*octies* c.p.; la fattispecie di violazioni in materia di alienazioni di beni culturali, art. 518-*novies* c.p.; importazione illecita di beni culturali, art. 518-*decies* c.p.; l'uscita o esportazione illecite di beni culturali, art. 518-*undecies* c.p.; la distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici, art. 518-*duodecies* c.p.; la devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici, art. 518-*terdecies* c.p.; la contraffazione di opere d'arte, art. 518-*quaterdecies* c.p. e la correlata causa di non punibilità, art. 518-*quinqiesdecies* c.p.; la contravvenzione del possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli, art. 707-*bis* c.p.

²⁵³ In letteratura, F. Centorame, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, Riv. it. dir. proc. pen., f. 2/2021, p. 499; R. Aprati, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, in Cass. pen., f. 2/2021, p. 441; M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in Dir. pen. proc., 2015, pp. 1167 ss.; A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in Cass. pen., f. 5/2016, p. 2286; R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., f. 2/2018, p. 538; M. Bontempelli, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, 14 dicembre 2018; F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in Cass. pen., f. 10/2016, pp. 4141 ss.; O. Calavita, *L'odissea del trojan horse. Tra potenzialità tecniche e lacune normative*, in D. p. c. riv. trim., f. 11/2018, pp. 45 ss.; F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2017, pp. 483 ss.; M. Griffo, *Il captatore informatico ed i suoi multiformi impieghi: le intrusioni non finiscono mai*, in Diritto di difesa la rivista dell'UCPI, f. 2/2020, p. 693.

A ben vedere, infatti, nel primo caso gli strumenti a disposizione degli organi inquirenti erano incisivi già prima della riforma del 2022, anche in ragione della possibilità di avvalersi delle disposizioni sul crimine transnazionale contenute nella legge 16 marzo 2006, n. 146, con cui è stata ratificata la Convenzione di Palermo²⁵⁴; nella seconda ipotesi, invece, le singole condotte illecite andavano necessariamente accertate mediante gli ordinari dispositivi d'indagine.

Le osservazioni empiriche più recenti hanno constatato che il traffico illecito di beni culturali viene spesso consumato attraverso reti temporanee e occasionali di soggetti che, sebbene sovente affiliati ad un sodalizio criminoso, agiscono autonomamente nel contesto illecito legato ai *cultural goods*²⁵⁵. Tale ultimo scenario non individua un *network* delittuoso in grado di rientrare nel paradigma tipico dei reati associativi e raramente può rimandare alla nozione di "gruppo criminale organizzato" secondo la definizione contenuta nell'art. 3 della l. n. 146/2006²⁵⁶; ne conseguiva la frequente impossibilità di ricorrere, in materia, ai mezzi predisposti dalla normativa sul crimine organizzato transnazionale.

Oltre a ciò, prima della riforma del 2022 era spesso preclusa la possibilità di azionare lo strumento delle intercettazioni, ostacolata dalla cornice edittale dei reati in materia di *cultural heritage* – previsti in passato dal d.lgs. n. 42/2004 – che risultava per tutte le fattispecie inferiore ai limiti sanciti dall'art. 266, comma 1, c.p.p.²⁵⁷.

Si consideri, in proposito, che il reato punito con la pena più grave era "l'uscita o esportazione illecita di beni culturali" di cui all'art. 174, sanzionato con la reclusione da uno a quattro anni o con la multa da euro 258 a euro 5.165.

In tale scenario si registrava dunque una sensibile divaricazione: nel caso in cui l'illecito fosse stato realizzato "isolatamente", le intercettazioni non sarebbero state consentite; se fosse stato commesso nel contesto della criminalità organizzata, non soltanto sarebbero state ammesse le intercettazioni, bensì (addirittura) sarebbe stato possibile compiere le operazioni mediante l'uso del captatore informatico nel peculiare regime di cui all'art. 266, comma 2-bis, c.p.p. al fine di registrare le comunicazioni tra presenti²⁵⁸.

²⁵⁴ In particolare, le indagini sotto copertura disciplinate dall'art. 9 della l. 146/2006, su cui subito si tornerà.

²⁵⁵ Su tutti, P.B. Campbell, *The illicit antiquities trade as a transnational criminal network: characterizing and anticipating trafficking of cultural heritage*, in *International Journal of network: characterizing and anticipating trafficking in cultural property*, New York, 2011, pp. 21 ss.

²⁵⁶ Sul punto, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., S.U., 31 gennaio 2013, n. 18374.

²⁵⁷ Tale disposizione disciplina il requisito minimo di ammissibilità delle intercettazioni: la cornice edittale (pene superiori nel massimo a cinque anni secondo quanto previsto dalla lettera a) e, per i delitti contro la p.a., pene non inferiori nel massimo a cinque anni per quanto concerne la lettera b), ovvero talune tipologie di reato specificamente richiamate (di cui alle lettere c), d), e), f), f-bis), f-ter), f-quater), f-quinquies).

²⁵⁸ La disposizione consente sempre l'utilizzo del captatore informatico nei procedimenti per delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis (tra i quali rientra l'associazione per delinquere di stampo mafioso) e 3-quater, c.p.p. per l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti e, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo, anche nei luoghi di privata dimora. In materia di intercettazioni mediante captatore informatico per le ipotesi di cui al comma 2-bis si rinvia a P. Bronzo, *Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico*, in (a cura di) G. Giostra-R. Orlandi *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, Torino, 2021, pp. 257 ss.; nella manualistica A. Camon, *Le prove*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, pp. 375 ss.

Orbene, per ovviare a tale situazione, in dottrina si era ipotizzato di equiparare le fattispecie relative al traffico illecito di beni culturali alla figura delittuosa del contrabbando²⁵⁹. Tale soluzione esegetica avrebbe infatti permesso di estendere la disciplina delle intercettazioni, facendo leva proprio sul testo dell'art. 266, comma 1, lett. e) c.p.p. che consente di ricorrere all'istituto in parola, tra gli altri casi, anche con riguardo alla fattispecie di contrabbando. Per avallare questa tesi, si era richiamata la giurisprudenza costituzionale che riconosce lo stretto legame esistente tra la fattispecie di contrabbando e l'illecita circolazione dei beni culturali, stanti le caratteristiche e le peculiari modalità di realizzazione che accomunano entrambi i paradigmi criminali, in particolare: la transnazionalità e l'uso di mezzi elusivi o fraudolenti²⁶⁰.

Il problema che presentava una soluzione di questo tipo – motivo per cui in passato non ha mai trovato conforto nella prassi – era il rischio di eccedere in una forzatura ermeneutica in grado di andare oltre il dato semantico della legge²⁶¹.

Ebbene, le modifiche apportate al diritto punitivo dalla l. n. 22 del 2022 hanno permesso di superare la questione.

Tramite la predisposizione di un sistema di figure delittuose organico e racchiuso in un titolo del codice penale dedicato, appunto, ai «delitti contro il patrimonio culturale», il quadro sanzionatorio risulta ora consono alla gravità dei fenomeni criminosi descritti nelle fattispecie e, dunque, suscettibile di permettere la collocazione di tali reati nel novero di quelli per cui sono ammesse le intercettazioni ai sensi dell'art. 266, comma 1, lett. a) c.p.p.

Non solo, stando alla previsione del comma 2 dell'art. 266 c.p.p. – che ammette, seppur con talune limitazioni rispetto alle ipotesi contemplate dal comma 2-bis della medesima norma, il ricorso al captatore informatico per le intercettazioni ambientali²⁶² – ora è consentito agli organi inquirenti di captare le comunicazioni tra presenti mediante l'utilizzo del *trojan horse* anche nel contesto di indagini che abbiano ad oggetto i reati contro i beni culturali e artistici.

Come abbiamo avuto modo di vedere, le novità apportate dalla l. n. 22/2022 sulla disciplina sostanziale hanno permesso di fare passi in avanti nelle tecniche di accertamento delle figure delittuose connesse alla sfera del *cultural heritage*; tuttavia, è rimasto ancora irrisolto il problema legato al possibile impiego di strumenti informatici o digitali – qualora non sia disciplinato dal

²⁵⁹ Soluzione prospettata da L. Lupària, *La tutela penale dei beni culturali*, cit. p. 249.

²⁶⁰ Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2; peraltro, l'assonanza si percepiva anche dal dato normativo, considerando che l'art. 174 d.lgs. n. 42/2004, al comma terzo, richiamava espressamente le norme in materia di contrabbando: «Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando».

²⁶¹ Si condividono sul punto le perplessità di M. Pittiruti-V. Gramuglia, *Nuove tecnologie e strumenti di contrasto al traffico illecito di beni culturali*, in (a cura di) C. Chinnici, *Il traffico illecito di beni culturali*, Roma, 2021, pp. 239 ss.; sul rapporto tra contrabbando e illecita circolazione dei beni culturali, nella dottrina sostanzialistica, v. R.E. Omodei, *Note critiche sui nuovi reati a tutela del patrimonio culturale: incoerenze normative e questioni aperte*, in *Lexambiente Riv. trim. dir. pen. amb.*, f. 2/2022.

²⁶² Il testo del comma 2 è il seguente: «Negli stessi casi [in riferimento alle ipotesi del comma 1] è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa». Sulle stringenti limitazioni, nel ricorso al captatore per le intercettazioni ambientali, che caratterizzano la predetta disposizione, si rinvia a R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici*, cit., pp. 544-545.

legislatore – da parte degli organi inquirenti²⁶³. Si tratta, peraltro, di una questione di portata generale, indubbiamente non confinata all'accertamento della specifica attività criminosa qui oggetto di esame²⁶⁴.

A tal proposito, ai fini della presente relazione, è necessario soffermarsi brevemente sulle funzioni del captatore informatico, analizzando le due diverse vocazioni investigative che caratterizzano l'istituto: quella di *online surveillance*, nel cui solco rientrano le intercettazioni di comunicazioni tra presenti, e quella di *online search*, definita anche perquisizione da remoto.

Segnatamente, le attività di *online surveillance*, dal punto di vista tecnico operativo, consentono di carpire un flusso informatico intercorrente tra le periferiche (video, microfono, tastiera, webcam) e il microprocessore di un dispositivo elettronico mediante l'inoculazione di un *virus* (cosiddetto "*trojan virus*") sul dispositivo stesso, permettendo alla polizia giudiziaria di monitorare in tempo reale tutto ciò che viene visualizzato sullo schermo, digitato attraverso la tastiera, detto attraverso il microfono oppure visto attraverso la webcam del sistema bersaglio²⁶⁵.

Invece, le attività di *online search* consistono in una copiatura totale o parziale delle unità di memoria che permette la trasmissione dei dati in tempo reale dal dispositivo elettronico su cui viene introdotto il *virus* agli organi inquirenti in modalità nascosta o protetta tramite la rete *internet*²⁶⁶.

Tuttavia, tale secondo meccanismo di approvvigionamento di dati risulta sprovvisto di una base normativa, visto che non può essere ricondotto al concetto di intercettazione²⁶⁷. Infatti, l'intercettazione ambientale mediante il *trojan horse* rappresenta, allo stato, l'unica funzione – tra quelle potenzialmente realizzabili mediante il ricorso a tale strumento – espressamente disciplinata dal legislatore²⁶⁸.

²⁶³ Per un approfondimento sul tema del rapporto tra reati contro i beni culturali e indagini digitali si rinvia a M. Pittiruti-V. Gramuglia, op.cit., pp. 225 ss.

²⁶⁴ Il problema in parola viene affrontato da diversi autori nella parte terza del volume curato da A. Scafati, *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, pp. 443 ss.

²⁶⁵ F. Centorame, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo*, cit., p. 49, secondo la quale l'installazione può avvenire con due modalità: mediante un accesso manuale sul dispositivo, oppure – più frequentemente – attraverso l'inoculazione occulta tramite la rete internet ovvero con un semplice invio di una mail.

²⁶⁶ M. Griffo, *Il captatore informatico ed i suoi multiformi impieghi*, cit., p. 693.

²⁶⁷ R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici*, cit. p. 544; v. inoltre F. Nicolichia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, Milano, 2020, pp. 131 ss.

²⁶⁸ Prima che il legislatore intervenisse sul punto è stata la Giurisprudenza di legittimità a ricondurre tali operazioni, qualora avessero avuto ad oggetto la captazione di conversazioni, telefonate, flussi di dati, al perimetro delle intercettazioni di cui agli art. 266 ss. c.p.p. Sul punto, *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, sent. del 26 maggio 2015, Musumeci. Tuttavia, in dottrina si nutrono forti dubbi rispetto a tale catalogazione. Infatti, qualora l'attività di captazione segua tutti gli spostamenti del possessore del *mobile device*, diventa privo di significato il riferimento che viene fatto nell'art. 266, comma 2, c.p.p. ai "presenti". La cimice informatica estende il proprio raggio d'azione «alla folla indeterminata e indeterminabile di persone», per lo più estranee ai fatti d'indagine, che in qualunque luogo conversano, «non necessariamente con il possessore del cellulare». Può allora ragionevolmente dubitarsi che, rispetto a tali attività, i limiti "mirati" a determinati luoghi, beni o persone, contemplati nella disposizione, siano effettivamente rispettati. Sul punto A. Capone, *Intercettazioni e Costituzione, problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, f. 3/2017, pp. 1263 ss.

La giurisprudenza di legittimità²⁶⁹ ha tentato di dare una collocazione nel nostro ordinamento alla perquisizione da remoto mediante il captatore informatico con risultati discutibili e ampiamente criticati dalla dottrina²⁷⁰.

Ebbene, è indubbio il potenziale investigativo del captatore, in funzione di *online search*, nella raccolta degli elementi di prova, in particolare se si pensa ai modi in cui si manifesta la fenomenologia criminosa nella materia di cui si discute. Tuttavia, stante l'assenza di previsioni normative di sorta che disciplinino i casi e i limiti entro i quali sia ammesso il ricorso a tale mezzo investigativo, non pare possibile fare uso del *trojan horse* per introdursi occultamente in un dispositivo e raccogliere i dati ivi contenuti.

4. La figura dell'agente sotto copertura nel contesto della tutela penale dei beni culturali

I connotati di spiccata specialità che caratterizzano i fenomeni criminosi qui considerati hanno spinto il legislatore ad intervenire cercando di predisporre un insieme di strumenti investigativi che si adegua alle esigenze delle singole fattispecie, considerando peraltro il progressivo trasferimento delle azioni criminose nel contesto del *cyberspazio*. L'adeguamento dei meccanismi di accertamento alle nuove frontiere delle attività illecite sottese alla circolazione dei beni culturali – ora collocate nel contesto del *web* – non era più procrastinabile²⁷¹.

²⁶⁹ La recente elaborazione della giurisprudenza di legittimità ha giustificato l'impiego in dibattimento dei risultati ottenuti mediante il captatore utilizzato per compiere le perquisizioni da remoto, collocandolo nell'alveo dell'art. 189 c.p.p. che, come noto, consente nel nostro ordinamento l'ammissione di prove atipiche. Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. del 14 ottobre 2009, n. 16556; da ultimo, in modo conforme, Cass., pen., Sez. V, sent. del 30 maggio 2017, n. 48370.

²⁷⁰ La soluzione di giustificare l'impiego del captatore per le perquisizioni da remoto mediante il combinato disposto degli artt. 348, comma 2, e 189 c.p.p. viene fortemente criticata in letteratura; dal momento che l'utilizzo della prova atipica quale canale d'ingresso del materiale carpito tramite le attività di *online search* entrerebbe in palese contrasto con le garanzie fondamentali del soggetto sottoposto a procedimento penale, in particolare: l'inviolabilità del domicilio digitale rientrando nel contesto dell'art. 14 Cost. e il diritto alla "riservatezza informatica" ricavabile dal catalogo aperto dell'art. 2 Cost. (è di questo avviso R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici*, cit., p. 553); il concetto di domicilio informatico o digitale come limite alle attività investigative, su cui v. A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 19; S. Signorato, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in (a cura di) G. Giostra-R. Orlandi, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Padova, 2018, pp. 49 ss.; F.N. Ricotta, *Questioni sull'utilizzo della backdoor a scopo di investigazione*, in *Cass. pen.*, f. 7-8/ 2022, pp. 2836 ss. Sul concetto di riservatezza informatica O. Murro, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, f. 1/2022, pp. 2440 ss. In ogni caso, in dottrina si è fatto un altro tentativo: quello di ricondurre la "perquisizione da remoto" alla disciplina delle perquisizioni informatiche di cui all'art. 247, comma 1-bis, c.p.p. Si è tuttavia osservato come le due distinte figure non abbiano nulla in comune, se non parte del nome, e sia dunque preferibile escludere tale soluzione esegetica. Per un approfondimento sulle criticità di questa soluzione si veda sempre R. Orlandi, op. cit., p. 553; F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, cit., p. 489; M. Griffo, *Il captatore informatico e i suoi multiformi impieghi*, cit., p. 698; M. Pittiruti-V. Gramuglia, op. cit., p. 240.

²⁷¹ Tale esigenza si giustifica, come osservato in dottrina in materie simili, dal fatto che «[l']evoluzione della tecnica, la disponibilità di strumenti informatici sempre più performanti e polifunzionali, l'espansione della rete, nel creare nuovi contesti di "vita", hanno avuto, come noto, una notevole ricaduta sulle dinamiche criminali, offrendo occasioni per delinquere prima inesistenti, consentendo l'apertura di "mercati" illegali telematici, inaugurando innovative modalità di perpetrazione dei reati»: così, P. Troisi, *Operazioni digitali sotto copertura*, in (a cura di) A. Scafati, *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, p. 620, sul punto v. anche A. Scafati, *Un ciclo giudiziario "travolgente"*, in *Proc. pen. giust.*, f. 4/2016, pp. 114 ss.

Ebbene, l'art. 2 della legge n. 22/2022, ha modificato l'art. 9 della legge n. 146 del 2006 in materia di criminalità organizzata che racchiude lo statuto generale della disciplina delle indagini *undercover*: la disposizione è ora arricchita, al comma 1, dalla nuova lettera *b-bis*²⁷². Nel catalogo di reati, contemplato dalla disposizione, rispetto ai quali è possibile ricorrere alle operazioni sotto copertura, sono state, come anticipato *supra*, inserite le più significative fattispecie di riciclaggio e autoriciclaggio di opere d'arte²⁷³.

La scelta del legislatore di ricomprendere le nuove fattispecie coniate nel codice penale nel novero dell'art. 9, l. n. 146/2006 non è da considerare una soluzione estemporanea. Prima di arrivare a questo approdo, sono stati fatti diversi tentativi mediante la presentazione di disegni di legge discussi in Parlamento²⁷⁴.

Si considerino, in particolare, i propositi del D.D.L. n. 646 del 2013, presentato a suo tempo al Senato, in cui si predisponavano linee programmatiche per il Governo affinché disciplinasse un insieme di misure investigative e probatorie di carattere speciale²⁷⁵.

Una previsione simile era stata peraltro avanzata in un altro disegno di legge: il n. 2864 del 2017, discusso anch'esso nella XVII legislatura. Tale progetto risultava, però, più ambizioso e organico: oltre ad intervenire sull'art. 9 della l. n. 146/2006 – nell'ottica di ampliare il catalogo di reati rispetto ai quali fosse consentito il ricorso alle indagini “mascherate” – prevedeva di demandare la competenza a condurre le indagini alla procura distrettuale antimafia e antiterrorismo, grazie ad una modifica che sarebbe stata apportata all'art. 51 c.p.p.²⁷⁶

Queste soluzioni, fino ad oggi, non erano mai divenute legge, considerando anche i rischi sottesi ad un modello speciale di accertamento in un settore periferico della giustizia penale. I timori sono sempre stati fondati sulla possibile creazione di pericolose spaccature nell'architettura del sistema processuale, tali da alterarne i principi portanti, come insegnano – del resto – tutte le esperienze (vecchie e attuali) di messa a punto di “doppi binari” processuali²⁷⁷.

²⁷² Di recente E. Andolina, *Le operazioni sotto copertura nei reati contro i beni culturali*, in *Proc. pen. e giust.*, f. 1/2023, p. 207.

²⁷³ Per un quadro generale sulla figura delle indagini sotto copertura v. A. Camon, *Le indagini preliminari*, in (a cura di) AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, pp. 416 ss.; G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011; C. De Maglie, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991; A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014; con espresso riferimento alle operazioni sotto copertura nel contesto digitale, P. Troisi, op. cit., pp. 619 ss.; V. Fanchiotti, voce *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, p. 19.

²⁷⁴ Dossier n. 177 della XVII Legislatura, consultabile sul portale ufficiale del Senato: www.senato.it.

²⁷⁵ In particolare, l'art. 1 del disegno prevedeva infatti di “infarcire” la normativa di misure c.d. *extra ordinem*. Al comma 2, lett. p), della predetta norma si prevedeva la possibilità di affidare all'Arma dei Carabinieri poteri simili a quelli propri della Polizia postale in tema di pedofilia *on line*, conferendo agli inquirenti la facoltà di utilizzare, nell'espletamento delle indagini, siti civetta e identità digitali mascherate per l'acquisto simulato di opere d'arte tramite l'iscrizione e la partecipazione a *social network*.

²⁷⁶ Opzione che, peraltro, veniva da tempo proposta in dottrina, tra i molti, V. Melillo, *La cooperazione giudiziaria internazionale nei reati contro il patrimonio culturale*, in (a cura di) S. Manacorda-A. Visconti, *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, pp. 57 ss.; di altro avviso invece L. Lupària, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 250.

²⁷⁷ A.A. Dalia, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, pp. 89 ss.; R. Orlandi, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 568 ss.; più di recente, in relazione all'estensione delle operazioni sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione, B. Fragrasso, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca in archiviopcd.dirittopenaleuomo.org*, 5 marzo 2019.

Un certo peso nella concretizzazione dei progetti avanzati in passato si deve allora ricondurre alla matrice internazionale: la già richiamata Convenzione di Nicosia invitava gli Stati firmatari a adeguare i propri sistemi investigativi interni alle esigenze di efficientismo nell'accertamento processuale e nel contrasto a tali fenomeni criminosi.

Sulla scorta delle linee d'indirizzo dettate dal diritto pattizio, il legislatore ha optato per il solo arricchimento del novero dei reati richiamati dall'art. 9, l. n. 146/2006.

Rispetto a tale previsione, è possibile constatare che, nel prevedere mezzi straordinari di accertamento dei crimini in materia di *cultural heritage*, la scelta del Parlamento sia stata quella di assestarsi sul cosiddetto “modello unificato” delle operazioni sotto copertura, non prediligendo l'introduzione di specifiche modalità d'azione “tipizzate” *ad hoc* per i fenomeni criminosi di cui si discute²⁷⁸.

5. Scenari futuri

La protezione del patrimonio artistico e culturale è un'esigenza cruciale in un Paese come il nostro che, ad oggi, ha offerto all'UNESCO un cospicuo numero di siti tra quelli che sono protetti dalla Convenzione. Un argomento come questo diviene ancor più delicato quando si coinvolge la materia penale per rinforzare drasticamente i meccanismi di tutela.

Come abbiamo visto, con la recente l. 22/2022 il legislatore non solo si è occupato di rivedere il sistema delle fattispecie delittuose connesse al *cultural heritage* bensì ha, per la prima volta, pensato anche al relativo accertamento processuale.

La sfida per l'avvenire – tenendo d'occhio il “panorama Nicosia” e i relativi sviluppi – sarà mantenere l'equilibrio tra esigenze di efficienza investigativa e garanzie dell'indagato nel solco dell'equo processo.

Soltanto i dati empirici che emergeranno dall'esperienza futura ci permetteranno di capire se la strada imboccata dal legislatore sia quella giusta.

La legge n. 22/2022 sicuramente non ha risolto – e non risolverà – tutti i problemi del passato; è, tra l'altro, troppo presto per stilare un bilancio. Con ogni probabilità, le difficoltà di addentrarsi nella scoperta e nell'accertamento dei fenomeni delittuosi connessi al patrimonio culturale e artistico continueranno a rinvenirsi, seppur in modo ridotto. Tuttavia, è indubbio

²⁷⁸ Sul tema dello statuto generale delle operazioni copertura si veda A. Cisterna, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, f. 17/2006, pp. 78 ss.; G. De Amicis-O. Villoni, *La ratifica della convenzione Onu sulla criminalità organizzata transnazionale e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. merito*, f. 7-8/2006, pp. 1626 ss.; B. Piattoli, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle «undercover operation» e le ricadute nel processo*, in (a cura di) E. Rosi, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007, p. 355. Con specifico riferimento alla materia in discussione E. Andolina, op. cit., pp. 208 ss. È necessario, però, segnalare che rispetto ad altre materie il legislatore ha optato per la predisposizione di modelli autonomi di operazioni sotto copertura in deroga allo statuto generale contenuto nell'art. 9 l. n. 146/2006. Tra di esse, la legge 3 agosto 2007, n. 124, che, all'art. 17, che ha introdotto delle garanzie funzionali a favore del personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate poiché indispensabili per le finalità istituzionali di tali servizi. Ancora, l'art. 29 della legge 19 dicembre 2019, n. 157, che introduce una nuova figura di agente sotto copertura in materia di giochi al «fine di prevenire il gioco da parte dei minori ed impedire l'esercizio abusivo del gioco con vincita in denaro, contrastare l'evasione fiscale e l'uso di pratiche illegali in elusione del monopolio pubblico del gioco». Sul punto cfr. S. Setti, *Le garanzie funzionali degli agenti dell'intelligence*, in *Camm. dir.*, f. 10/2016, pp. 2 ss.; G. Cotti, *Agenti sotto copertura per il contrasto al gioco illecito, tra attività amministrativa e procedimento penale. Brevi note a margine del D.L. n. 124 del 2019*, in *Rass. Adv. Stato*, f. 2/2019, pp. 60 ss.; da ultimo B. Fragasso, *Provocazione di polizia e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, f. 2/2022, p. 716.

che la novella del 2022 ha mosso un primo passo verso la riorganizzazione dei mezzi di contrasto contemplati nel nostro ordinamento interno in relazione ai crimini contro i beni culturali.

Il monito è, però, sempre quello di non dimenticare che le attività d'indagine non devono mai prevaricare i diritti fondamentali dell'individuo.