

MAURIZIO FIORILLI

IL CASO

*Atleta
vittorioso*

DI FANO



Q_dM

Edizioni  **Efesto**

Q_dM

Collana

Quaderni del Master

Esperti nelle attività di valutazione
e di tutela del patrimonio culturale

4



La collana *QdM, Quaderni del Master*, pubblica i risultati delle attività di ricerca legate al Master biennale di secondo livello 'Esperti nelle attività di valutazione e di tutela del patrimonio culturale', attivato dall'Università degli Studi Roma Tre in collaborazione con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MiBACT), e del Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale. L'obiettivo è di favorire la divulgazione scientifica di casi d'interazione disciplinare concreta per il contrasto alle azioni criminali e per la diffusione di una visione etica sul patrimonio culturale. Un'attenzione particolare è riservata al fenomeno della contraffazione e della falsificazione di beni storico-artistici.

Comitato scientifico

Fabrizio Bisconti – Dipartimento di Studi Umanistici, Università Roma Tre e Pontificia Commissione di Archeologia Sacra

Giuliana Calcani – Dipartimento di Studi Umanistici, Università Roma Tre (Direttore)

Alberta Campitelli – Coordinamento ICOM Lazio

Lorenzo D'Ascia – Avvocatura Generale dello Stato

Giancarlo Della Ventura, Dipartimento di Scienze, Università Roma Tre

Gianluca Ferrari – Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale

Carla Limongelli – Dipartimento di Ingegneria, Università Roma Tre

Mario Micheli – Dipartimento di Studi Umanistici, Università Roma Tre

Massimiliano Quagliarella – Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale

Giuseppe Schirripa Spagnolo – Dipartimento di Matematica e Fisica, Università Roma Tre

Coordinamento e cura editoriale

Fabrizio Musetti – Dipartimento di Studi Umanistici, Università Roma Tre

Coordinamento della segreteria scientifica e amministrativa del Master

Anna Radicetta – Dipartimento di Studi Umanistici, Università Roma Tre

MAURIZIO FIORILLI

IL CASO

Atleta vittorioso

DI FANO


Edizioni **Efesto**

2020

I proventi derivanti dalla vendita di questo volume sono destinati all'Opera Nazionale Assistenza Orfani Militari Arma Carabinieri (O.N.A.O.M.A.C.) Ente Morale di natura privatistica che ha il suo Organo tutorio nel Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri che attualmente assiste circa 1000 orfani. L'Opera ha sede in Roma, Via Carlo Alberto Dalla Chiesa, 1/A 00192.

Per donazioni:

C/C bancario n. 121 B.N.L. IBAN banca IT 77Z 01005 03344 000000000121

C/C Postale n. 288019 IBAN posta IT 35Z 07601 03200 000000288019

Collana *Quaderni del Master*, 4

IL CASO *ATLETA VITTORIOSO* DI FANO



COPYRIGHT 2020, EDIZIONI EFESTO ©



Libreria Efestò
Via Corrado Segre, 11 (Roma)
06.5593548 - info@edizioniefesto.it
www.edizioniefesto.it

*A norma di legge è vietata la riproduzione,
anche parziale, del presente volume
o di parte di esso con qualsiasi mezzo*

Autore ed editore sono disponibili ad assolvere i propri impegni nei confronti dei titolari di eventuali diritti sui testi e/o immagini pubblicati.

Fotografie: © Paolo Moreno. Al Prof. Paolo Moreno va il più sentito ringraziamento.

Il volume viene pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi Umanistici dell'Università Roma Tre, sui fondi di dotazione del Master 'Esperti nelle attività di valutazione e di tutela del patrimonio culturale' ed è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Roma, 2020

ISBN 978-88-3381-147-5

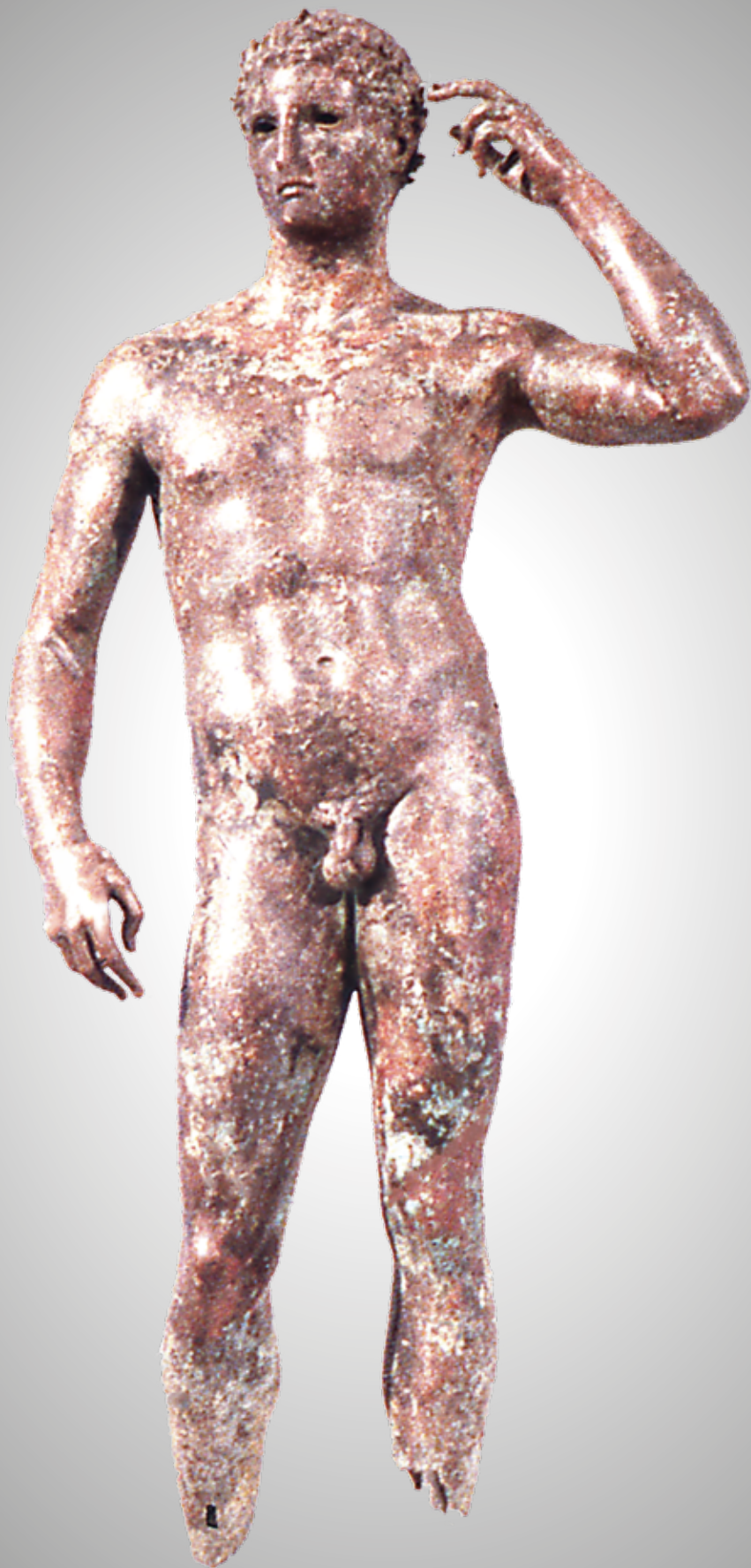


INDICE

1.	Premessa	19
2.	La vicenda della statua raffigurante di Lisippo <i>L'Atleta vittorioso</i>	23
3.	I processi penali originati dalle indagini di Polizia giudiziaria e le iniziative successive assunte dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali	33
4.	L'impostazione giuridica del caso	37
	4.1. Le "cose archeologiche" e le "cose di interesse archeologico"	37
	4.2. Gli accertamenti per provare la qualità e la attribuzione della "res" archeologica	43
	4.3. La rilevanza giuridica del luogo di ritrovamento in mare della "res" archeologica	47
	4.4. L'inversione dell'onere della prova del lecito possesso della "res" archeologica	60
5.	La disciplina giuridica della circolazione interna dei beni culturali	63
	5.1. La disciplina generale	63
	5.2. La circolazione della statua dopo la sua introduzione nel porto di Fano	65
	5.3. Il contratto Ferri - Barbetti	67
6.	La circolazione internazionale dei beni culturali	71
	6.1. La circolazione dei beni mobili e la legge applicabile	71
	6.2. I contratti di vendita della statua conclusi all'estero	74
	6.3. La Convenzione UNESCO del 1970	105
	6.4. La Convenzione Unidroit del 1986	112
	6.5. L'Unione Europea e la circolazione dei beni culturali	115
7.	I negoziati per la restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti al patrimonio culturale italiano	129
8.	L'esposto della associazione "Le cento città" e il procedimento penale del Tribunale di Pesaro	137

9.	La natura della confisca della “ <i>res</i> ” di interesse culturale nei reati di contrabbando e di esportazione illecita	145
10.	L’esecuzione del provvedimento di confisca della statua negli USA	161
11.	Legittimità dell’incidente di esecuzione relativo alla statua <i>L’Atleta vittorioso</i> di Lisippo in relazione alla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo	167
12.	La confisca recuperatoria culturale e la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo	173
	12.1. Generalità	173
	12.2. La confisca culturale non è sanzione penale	175
	12.3. La compatibilità della confisca culturale con la CEDU	180
	12.4. Il principio della proporzionalità della misura ablatoria	186
	12.5. La tutela del terzo estraneo al reato e l’art. 1 dell’All. 1 CEDU	192

A mio nonno
Moisè Giulio Cases

















Capitolo 1

Premessa

L'Italia per la complessità della sua storia culturale e politica – sul suo territorio si sono sviluppate nei secoli e sono venute a confronto le culture che sono alla base della civiltà occidentale – e per la ricchezza dei beni culturali presenti nel suo territorio è frequentemente coinvolta in questioni di rimozione di beni culturali a carattere internazionale. Sono giuridicamente tali quelle relative allo spostamento dei beni culturali che interessano il confine politico tra due Stati (Stato di origine e Stato di destinazione)¹.

La più antica e articolata legislazione di tutela dei beni culturali si rinviene nella legislazione degli Stati preunitari². Essa si fonda sulla specificità dei beni culturali rispetto alle altre cose³ e sulla affermazione dell'interesse

¹ Per la legittimazione all'azione di rivendica rileva il confine politico dello Stato al momento in cui si promuove l'azione, indipendentemente dal fatto che esso non vi fosse al tempo del trasferimento materiale della cosa di interesse culturale o del suo rinvenimento. In occasione della esposizione in Canada dei manoscritti del Mar Morto, conservati nel Museo di Israele e nel Museo Rockefeller a Gerusalemme, è sorta una controversia tra Israele e la Palestina risoltosi a favore di Israele applicando il principio della insistenza.

² Testi in L. PAPPAGLIOLO, *Codice delle antichità e degli oggetti d'arte*, I, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1952.

³ I beni culturali presentano un valore non soltanto dal punto di vista economico commerciale, ma anche in quanto rappresentativi di identità e di significati, come è ribadito nel Preambolo della Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali (Parigi, 2005) «[The UNESCO General Conference] *being convinced that cultural activities, goods and services have both an economic and a cultural nature, because they convey identities, values and meanings, and must therefore not be treated and solely having commercial value*». Cfr. F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale*, in *Studi e Documenti di Diritto Internazionale e Comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012. Nelle *Premesse* della Convenzione UNESCO concernente le misure da prendere per vietare e impedire ogni illecita importazione, esportazione e trasferimento della proprietà di beni culturali (Parigi, 14 novembre 1970) si legge «Considerando che i beni culturali sono uno degli elementi fondamentali della civilizzazione e della cultura dei popoli

pubblico alla preservazione, allo studio e alla esposizione di tali beni, con conseguenti restrizioni al diritto dei privati proprietari di disporne⁴. Questa normativa, che si è sviluppata nel tempo con una certa coerenza, contiene varie disposizioni che riguardano l'esportazione dei beni culturali⁵.

In questo lavoro si esaminerà il caso della appropriazione e della esportazione illecita della scultura bronzea *L'Atleta vittorioso*⁶, datata tra il IV e il II secolo a.C., che in base alle analisi condotte con il metodo "carbonio-14" e alla analisi stilistica è stata attribuita allo scultore greco Lisippo⁷ o ad un suo allievo e della sua vendita all'estero, trattato in sede giudiziaria e in sede stragiudiziale, e delle problematiche che questo ha sollevato. La fase stragiudiziale in alcuni casi assume una funzione integrativa, o sostitutiva, della fase giudiziaria⁸. Invero, come sottolineato in dottrina⁹: «Sono proprio le identità e i significati di cui sono portatori i beni culturali

e che essi assumono il loro valore reale solo se sono conosciuti con la più grande precisione le loro origini e il loro ambiente. Considerando che ogni Stato ha il dovere di proteggere il patrimonio costituito dai beni culturali esistenti sul proprio territorio contro i pericoli di furto, di scavi clandestini e esportazioni illecite». Cfr. S. ITALIA, *I beni culturali in Italia e in Europa*, Del Bianco Editore, Udine 1999; R. CECCHI, *I beni culturali. Testimonianze materiali di civiltà*, in *Università internazionale del secondo rinascimento*, Spirali, Milano 2006.

⁴ S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale in Beni Culturali Tutela Investimenti Occupazione*, in *Annali della Associazione Ranuccio Bianchi Bandinelli*, I/1994, 12 ss.; F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale. Dalla ratio implicita a oggetto diretto di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; J.A.R. NAFZIGER, T. SCOVAZZI, *Le patrimoine culturel de l'humanité, The Cultural Heritage of Mankind*, in *Centre for Studies and Research in International Relation*, Académie de droit international de La Haye Brill, Nijhoff, Leiden/Boston 2008.

⁵ L'elencazione delle leggi che in Italia hanno disciplinato la materia dei beni culturali è contenuta in ITALIA, *I beni culturali in Italia e in Europa*, cit., pp. 1 ss.

⁶ La scultura bronzea è conosciuta anche come *L'Atleta di Fano*, *L'Atleta vittorioso*, *L'Atleta che si incorona*, *Victorius Youth* o *Getty Bronze*.

⁷ Lisippo (390/385-dopo 306 a.C.), scultore e principalmente bronzista fu attivo dal 372-368 a.C. fino alla fine del IV sec. a.C. lavorò a lungo nella sua città natale (Siracusa) e quindi in vari centri della Grecia (Olimpia, Corinto, Rodi, Delfi, Atene) e dell'Italia (Roma e Taranto). Lavorò per Alessandro Magno, che ritrasse numerose volte.

⁸ M. FIORILLI, *Gli accordi di restituzione di beni archeologici italiani provenienti da scavi clandestini e illecitamente esportati dal territorio nazionale*, in *La Diplomazia Culturale Forza del Dialogo Potere della Cultura*, Aracne editrice, Roma 2013, pp. 73 ss.

⁹ T. SCOVAZZI (a cura di), in AA.VV., *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, p. 7, Giuffrè Editore, Milano 2014; CONFORTI, *Le esportazioni clandestine: come combatterle*, in *Annali della Associazione Ranuccio Bianchi Bandinelli*, cit., pp. 23 ss. e 49 ss.; S. MOGINI, *La cooperazione giudiziaria internazionale nell'ambito del recupero e della restituzione dei beni culturali*, in *Bollettino di numismatica. Traffico illecito del patrimonio archeologico*, Atti del 7° convegno internazionale, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 2002, pp. 83-188; S. RAFIOTTA, *Caccia ai tesori di Morgantina*, EdtOpera, Roma 2010.

che impediscono di risolvere i problemi suscitati dalla loro rimozione sulla base di criteri esclusivamente giuridici e che impongono un'indagine di ampio respiro. In questo modo, il quesito all'inizio proposto [se tutti i beni rimossi possono essere trattenuti dallo Stato di destinazione] viene spesso a trasformarsi in un secondo, e ancora più complesso, quesito: se pure fosse stata lecita la rimozione nel momento in cui essa è avvenuta, anche a causa della mancanza all'epoca di norme giuridiche in proposito, è accettabile che oggi il bene sia trattenuto, viste le esigenze etiche, culturali e sociali ora prevalenti? Il quesito stesso dimostra l'importanza del fattore temporale nella materia qui considerata»¹⁰.

Il quesito si pone nei casi in cui, secondo le norme internazionali attualmente vigenti l'uscita dal territorio nazionale di un bene di rilevanza culturale sia considerato un *vulnus* al patrimonio culturale nazionale.

La qualificazione di una "cosa" come bene culturale la sottopone ad un regime differenziato rispetto al regime generale nazionale dei beni mobili, sia quanto all'acquisto del titolo di proprietà che alla sua circolazione interna ed internazionale.

Il bene, in quanto "bene mobile" è soggetto, secondo il diritto internazionale privato, alla disciplina generale dei diritti reali dello Stato di insistenza in base al principio della *lex rei sitae*.

E ciò, in quanto la norma di qualificazione di una cosa come "bene culturale" è di diritto pubblico e, quindi, salvo il caso del reciproco riconoscimento in base ad una norma internazionale, di fonte plurilaterale o bilaterale, è inapplicabile nello Stato di insistenza.

Il caso della statua di Lisippo raffigurante *L'Atleta vittorioso* costituisce un esempio delle problematiche che si debbono affrontare per il recupero di un bene archeologico sottratto al patrimonio culturale italiano.

La rivendica di un bene archeologico, in quanto "res" che prima del suo reperimento non è conosciuta, pone una problematica differenziata rispetto a quella di una "res" di interesse artistico, storico, etnoantropologico.

¹⁰ In generale sul tema della circolazione internazionale dei beni culturali: M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali in diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano 1986; A. LANCIOTTI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1996; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè Editore, Milano 2007; *International Meeting of Illicit Traffic of Cultural Property*, Conference Proceedings, Rome 16-17 December 2009, Cangemi Editore, Roma 2016; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino 2010; MOGINI, *La cooperazione giudiziaria internazionale nell'ambito del recupero e della restituzione dei beni culturali*, cit.

In primo luogo, devono essere accertati la qualità del manufatto (attraverso una indagine sulla tecnica della produzione ed una analisi stilistica), le modalità ed il luogo del ritrovamento. In secondo luogo, devono essere accertate le modalità della sua circolazione in ambito nazionale ed internazionale successive alla uscita dal territorio nazionale.

Nella istruttoria relativa sono coinvolte molteplici professionalità specifiche, tutte concorrenti e necessarie per provare la appartenenza della “*res*” al patrimonio culturale italiano e legittimare la applicazione del regime giuridico nazionale differenziato e, quindi, il ricorso alle norme internazionali relative alla tutela dei patrimoni culturali nazionali.

Nel caso in esame, sotto questo ultimo profilo, rileva la qualificazione giuridica del provvedimento di “confisca” conseguente allo accertamento del “fatto” materiale della sottrazione della “*res*” al patrimonio culturale nazionale.

Il provvedimento di confisca, si atteggia nel caso come strumento giuridico di recupero al patrimonio nazionale del bene culturale e non come “sanzione”.

L'ordinamento giuridico nazionale qualifica la “*res*” in ragione della sua qualità di “testimonianza materiale di civiltà” e non per la appartenenza pubblica o privata e, quindi, del suo recupero sul piano della titolarità del diritto di proprietà non beneficia necessariamente lo Stato o il soggetto pubblico, ma il soggetto proprietario in base alla legge relativa ai beni culturali.

La qualificazione della “confisca culturale” è rilevante sul piano del diritto internazionale privato, per quanto attiene al “titolo di proprietà”, e sul piano del diritto internazionale dei diritti dell'uomo in relazione allo spossessamento del detentore del bene nello Stato di insistenza (art. 1, All. 1 CEDU).

Analoga esigenza di concorso di professionalità è presente anche nel procedimento stragiudiziale per la rivendica di un bene culturale uscito illecitamente, cioè senza la osservanza della procedura autorizzatoria richiesta dalla legislazione sui beni culturali che trova fonte nella Convenzione UNESCO 1970.

Capitolo 2

La vicenda della statua raffigurante L'Atleta vittorioso di Lisippo

Nel settembre del 1964 una statua in bronzo, interamente ricoperta da incrostazioni marine delle dimensioni di 1,49 metri di altezza e 49 chilogrammi di peso, raffigurante un giovane atleta, rimaneva impigliata nelle reti del motopesca "Ferruccio Ferri" nel corso di una battuta di pesca nel Mar Adriatico.

Il capitano della motopesca, Pirani Ferdinando, individuato solo nel 1977, ha dichiarato ai Carabinieri TPC¹¹:

«All'alba di un venerdì del mese di agosto del 1964, con il motopesca "Ferruccio Ferri", del quale ero capitano, mentre si era intenti alla pesca a strascico nelle acque antistanti la zona di Pedaso (Ascoli Piceno) a seguito di uno strappo alle attrezzature di pesca, come di consueto, fermammo immediatamente la macchina ed iniziammo l'operazione di recupero della rete con la convinzione che la stessa potesse essere stata lesa da uno scoglio. Tirate le reti, con sorpresa constatai che ad una maglia di un braccio della medesima era rimasto impigliato un grosso oggetto di forma umana. Atteso ciò imbarcammo le reti e da un primo sommario esame constatai che trattavasi di una statua di metallo mancante dei piedi e degli occhi e tutta coperta di incrostazioni marine. La stessa statua si presentava con un braccio alzato verso la testa, particolare questo che ricordo molto bene in quanto la maglia della rete era rimasta impigliata in un dito di detto braccio. Dopo i primi attimi di sbigottimento ed indecisione, durante i quali ero intenzionato a restituire la statua al mare in quanto molto ingombrante, su insistenza dei marinari conservai a bordo la medesima. Il giorno dopo, cioè alle prime luci del mattino del sabato, facemmo rientro nel porto di Fano dove, a conclusione delle operazioni di sbarco del pescato, con l'aiuto di

¹¹ Processo verbale di sommarie informazioni di Pirani Romeo del 3 dicembre 1977.

alcuni marinari, caricammo la statua, unitamente alla rete rotta, su di un carrettino a mano e la portammo alla vicina abitazione di mio zio Ferri Guido, sita al civico 230 di via Nazario Sauro di Fano...»¹².

Athos Rosato, mozzo del motopeschereccio, ha dichiarato nel 2007 che la statua è stata ritrovata «circa 43 miglia marine a levante del monte Conero e a circa 27 miglia dalla costa croata, in un punto di mare chiamato “Scogli di Pedaso” (coordinate 43° 23' N 14°33'26' E)». In quel tratto, la profondità del mare era circa di 43-44 braccia, cioè circa 75 metri di profondità.

Il ritrovamento della statua non fu denunciato alla Dogana e neppure alla Soprintendenza Archeologica e la stessa fu occultata nel territorio fanese.

Nei giorni successivi la statua venne visionato da vari “stracciaioli” e mercanti. Nel frattempo i Carabinieri appresero da fonte confidenziale che il mercante d’arte svizzero Borowski Elio¹³, era in trattative per l’acquisto di una statua raffigurante un “efebo” alto metri 1,60 circa, mancante dei piedi, ricoperta da incrostazioni marine. La statua era stata pescata nel periodo estivo del 1964 nelle acque territoriali adriatiche e presumibilmente da pescatori della città di Fano, in provincia di Pesaro. L’oggetto fu venduto dai ritrovatori a Barbetti Pietro per la somma di lire 4 milioni circa e presumibilmente ricoverato in Gubbio nella casa del sacerdote Nagni Giovanni¹⁴. La perquisizione nella abitazione di quest’ultimo non consentì il recupero della statua¹⁵, ma le informazioni raccolte

¹² Ferri Guido, comproprietario della motopesca, l’1 dicembre 1977 dichiarava ai Carabinieri TPC «... mio nipote Pirani Romeo, capitano della motopesca “Ferruccio Ferri” mi informava che nel corso di una faticosa pesca effettuata in un fondale irto di scogli, nelle acque territoriali italiane in zona antistante la città di Pedaso (Ascoli Piceno) a poche miglia dalla costa, era rimasto impigliato nelle reti un grosso relitto, che successivamente risultò essere una statua di bronzo, tutto ricoperto di incrostazioni marine. Detto mio nipote, con l’aiuto di alcuni marinai del mio motopesca, trasportò la statua nella mia abitazione allo scopo di venderla a qualche stracciaiolo ...».

¹³ Il mercante d’arte svizzero Borowski Elio, denunciato varie volte alla magistratura italiana per traffico clandestino di beni culturali, informerà successivamente Thomas Hoving, direttore del Metropolitan Museum di New York della messa in vendita della statua. Successivamente, il Borowsky, intervistato in Svizzera da T. Hoving, gli riferì di avere visto il Lisippo ma di non avere proceduto all’acquisto per prudenza e che l’esportazione clandestina di beni culturali dall’Italia avviene giornalmente, anche a cura di persone insospettabili, collusi con “tombaroli” più o meno noti.

¹⁴ Rapporto giudiziario dei CC del Nucleo di Polizia Giudiziaria di Roma n. 969281/1 alla Procura della Repubblica di Perugia.

¹⁵ Barbetti Pietro ha dichiarato ai Carabinieri il 24 giugno 1965 in risposta alla domanda del perché aveva manifestato disappunto per essere stato convocato: «Ho manifestato il mio disappunto in quanto ho immaginato che tale convocazione era stata determinata

dai Carabinieri trovarono conferma nelle dichiarazioni di Gaggioli Giselda, domestica del Nagni:

«... A proposito della statua di bronzo alta metri 1,60 circa, molto pesante, raffigurante un giovane con mano alzata, posso precisarvi che due o tre mesi fa essa fu portata in casa del reverendo don Giovanni Nagni dal commendatore Pietro Barbetti. Non so precisarvi quali furono le altre persone che accompagnarono nella circostanza il Barbetti per deporre in casa la statua... Quando il commendatore Pietro Barbetti lasciò la casa, notai che la statua sopra descritta era stata collocata ai piedi della scala che dalla sala del primo terra porta al piano superiore. In particolare ho notato che la statua era stata adagiata sul pavimento, sopra era stato adagiato il baule che tuttora si trova ai piedi della scala il tutto era stato coperto da un drappo rosso mandato... In verità sono state molte persone che sono venute in casa a vedere la statua ... le quali venivano a bordo di auto grosse...»^{16 17}.

Un commerciante di Imola, tale Merli Renato, ha dichiarato ai Carabinieri NTPC¹⁸ che:

«... mi veniva proposta da certo Carotti Libero, rigattiere di Fano, l'acquisto di una statua in bronzo al naturale che secondo le sue precisazioni raffigurava la figura di una giovane di altezza 1,75 circa, mancante dei piedi. Il Carotti, nella nottata stessa in cui mi riferì la notizia mi metteva in contatto con alcuni marinai-pescatori abitanti in Fano... I proponenti con i quali entrai in trattative, erano due fratelli proprietari di due "barcozzi" (cioè piccole barche da pesca a strascico). Costoro mi facevano vedere la statua nella cantina della

da una segnalazione anonima. Infatti, conversando con il dott. La Rocca, commissario di Pubblica Sicurezza in servizio a Perugia, avevo appreso da questi che quanto prima egli mi avrebbe fatto una visita a Gubbio, nella mia abitazione per sincerarsi su quanto era stato segnalato da una lettera anonima secondo la quale venivo accusato alle autorità di Polizia di avere acquistato nelle scorso anno insieme alle altre persone che non mi fece il nome, una statua di bronzo con un brillante su di un braccio ...».

¹⁶ Dichiarazioni rese da Giselda Gaggioli il 24 giugno 1965 ai Carabinieri del Nucleo Polizia Giudiziaria di Roma.

¹⁷ Nagni Giovanni ha dichiarato ai Carabinieri Nucleo Polizia Giudiziaria di Roma il 24 giugno 1965: «Effettivamente per circa un mese ho tenuto nella mia abitazione in Gubbio una statua di bronzo, ricoperta di incrostazioni marine, raffigurante un efebo, con il braccio destro alzato e mancante di piedi [...] Fu portata da me, con la preghiera di tenerla in deposito per pochi giorni da Barbetti Pietro [...] Ho soltanto appreso dallo stesso Barbetti che la statua era stata pescata nelle vicinanze della costa dalmata da pescatori che poi la vendettero al signor Barbetti ad un prezzo che io ignoro».

¹⁸ Dichiarazione resa da Merli Renato il 26 settembre 1977.

loro abitazione all'indirizzo sopra indicato. Il prezioso reperto si presentava a me completamente ricoperto di incrostazioni marine ad eccezione del viso, attraverso il quale riuscii subito a capire che si trattava di un'opera bronzea capolavoro di arte greca di epoca classica. La statua negli arti inferiori, in zona che non ricordo con precisione, presentava un taglio di limatura, certamente tuttora visibile, certamente eseguito dai detentori allo scopo di identificare il metallo (infatti pensavano che fosse in oro), inoltre la statua stessa era mancante dei piedi che a mio parere probabilmente erano rimasti attaccati al relitto di nave su cui era installata la preziosa scultura al momento dell'impatto con la rete a strascico dei pescatori [...] I due fratelli marinai, nonché la moglie di uno di loro, presente il Carotti, dopo avermi chiesto la somma di lire 3.500.000 trattabili, prezzo da me accettato, mi raccontarono di aver rinvenuto il prezioso reperto in prossimità della costa fanese, certamente in acque territoriali italiane, attesa la loro esatta affermazione secondo la quale il ritrovamento era avvenuto in acque non profonde, circostanza questa che mi appariva subito veritiera dal momento che ben si capisce che la pesca a strascico viene effettuata esclusivamente su bassi fondali. In questa occasione, a richiesta, mi veniva consegnata una fotografia formato 18x24 cm riproducente la statua pescata che avevo appena visto....Dopo due giorni ritornavo dai due marinari a Fano per prelevare l'opera scultorea acquistata sulla parola, ma con grande disappunto dovetti constatare che nel frattempo i marinari avevano venduto la stessa statua, a loro dire, a due signori di Gubbio e successivamente venivo a sapere trattarsi dei fratelli Barbetti ...».

Nella prima decade di agosto, i Ferri vendettero il bronzo a Giacomo, Pietro e Fabio Barbetti. La vendita fu conclusa a Fano presso l'abitazione di Felici Dario, ove era custodito il bene, per un compenso di 3.500.000 lire¹⁹.

La circostanza è stata confermata da Guido Ferri²⁰.

Il bronzo fu trasferito nell'abitazione di Barbetti Giacomo e, quindi, in quella del sacerdote Giovanni Nagni di Gubbio, ritenuta luogo più sicura, ove sarebbe rimasto fino al maggio 1965 (epoca in cui nel corso delle indagini

¹⁹ Il Felici ha dichiarato ai Carabinieri TPC che nel dissotterrare la statua ne provocò inavvertitamente con un colpo di zappa, il distacco di un frammento di concrezione marina. La concrezione marina anni dopo fu regalata dalla stesso Felici al geometra Celesti Elio, il quale, venuto a conoscenza della provenienza della stessa, la consegnava alla Procura della Repubblica di Pesaro.

²⁰ «... Con il Merli non fu raggiunto alcun accordo e pertanto qualche giorno dopo, tramite mia moglie, la statua fu venduta a due sconosciuti che ci erano stati presentati dal suddetto Del Monte. Costoro consegnarono a mia moglie la somma in contanti di lire tre milioni circa, che fu poi divisa nel seguente modo ...».

fu eseguita una perquisizione con esito negativo). La statua rimase nascosta per alcuni anni a Gubbio dove venne visionata da vari commercianti d'arte italiani e stranieri, tra cui, nel dicembre 1964, anche Elie Borowski, commerciante d'arte internazionale residente in Basilea, il quale, secondo un rapporto dell'Interpool del 1970, avrebbe offerto per l'acquisto centomila dollari, che furono tuttavia rifiutati dal Barbetti, nonché dalla Casa d'aste Christie's²¹.

Il bronzo ricomparve nel 1972 a Monaco di Baviera nel negozio del mercante e antiquario Herzer Heinz.

«Il 27.7.1973 [...] funzionari della Polizia di Monaco, unitamente al M.llo Libero La Torre, si portavano presso l'antiquario Herzer ed ivi, in assenza dello stesso, dalla segretaria prima e dal legale di fiducia dopo, si apprendeva che effettivamente l'Herzer era in possesso della statua del Lisippo, ma lo stesso legale si rifiutava di fornire indicazioni circa il luogo di custodia e circa l'identità delle persone da cui l'aveva acquistata, nonché di consegnare la riproduzione fotografica dell'opera stessa, precisando che il proprio assistito aveva documentazione comprovante il lecito possesso. A seguito di tale precisazione la Polizia criminale di Monaco si asteneva da ogni ulteriore intervento e chiedeva al M.llo Libero La Torre di far trasmettere dalla A.G. italiana la documentazione relativa all'avvenuto furto e alla esportazione clandestina dall'Italia...»²².

L'antiquario, al quale l'A.G. di Monaco di Baviera a seguito della richiesta dei Carabinieri italiani alla Polizia locale di intervento aveva contestato il reato di ricettazione della statua, successivamente dichiarò:

²¹ Grimaldi Vittorio, che ha assistito come legale di fiducia Etablissement DC - H. Herzer nelle trattative con il J.P. Getty Museum per la vendita della statua, sul sito *La Lampadina* del 30 giugno 2013 scrive «... Il 15 maggio del 1971 [...] contavo di arrivare a Gubbio entro le 11 per iniziare una "due diligence". Il compito mi era stato affidato da Harry Bailey che era il rappresentante di Christie's a Roma. [...] A Gubbio avrei dovuto incontrare un imprenditore locale, tale Barbetti, che aveva proposto a Harry nientemeno che l'acquisto di un bronzo di Lisippo, di 1400 anni pescato nel Mar Adriatico. Il 15 maggio a Gubbio si tiene e si teneva (ma allora a mia insaputa) la festa dei ceri. Tutti i notabili del paese erano seduti a banchetto nella loggia del Palazzo dei Priori. A capotavola il sindaco e il pretore fecero l'onore di invitarmi. Il pretore sapeva tutto della vicenda e tra una portata medievale e l'altra mi espresse la sua frustrazione in quanto i presunti ladri e ricettatori del Lisippo (fra cui il Barbetti) l'avevano fatta franca [...] Una vicenda alla Piero Chiara condita, dopo il ritrovamento, da un processo all'italiana in cui non s'era riuscito a provare che il reperto proveniva da pesca a strascico che si effettua solo su bassi fondali ...».

²² Rapporto giudiziario del Nucleo CC. TPA 22.12.1973 nr. 4455/25.

«La Polizia tedesca rinunciò sia a visionare la statua, sia a ottenere copia del documento di importazione, sia di ricevere ogni altra informazione...». «L'ordine di arresto fu semplicemente abbandonato e restituito alla polizia e il pubblico ministero sospese il caso per "discontinuità" [...] Ogni tentativo di reclamare la statua da parte di chicchessia è destinata a fallimento: ciò è provato ora "de facto"²³.

Il direttore delle antichità del J.P. Getty Museum, Jiri Frel, ha scritto²⁴:

«Early 1972 J. Paul Getty was advised that a fully conserved original Greek bronze statue of exceptional importance had appeared in the art market. The statue depicted life-size youth in the act of placing an olive wreath on his head. It was claimed that the work was in all probability by the great fourth century B.C. sculptor Lysippos himself. It was owned by the Artemis Consortium and was being stored with the Munich art dealer Heinz Herzer. Getty asked Professor Bernard Ashmole if he would travel to Munich and inspect the statue. Ashmole reported enthusiastically and in the years that followed he continued to urge Getty to acquire the statue, claiming that it would make a highly significant addition to the antiquities collection that was being assembled for display in the new museum of his name in Malibu ...».

Thomas Hoving, già direttore del Metropolitan Museum di New York²⁵, asserisce di aver visto la statua proprio in quell'anno a Monaco di Baviera nel negozio di Herzer Heinz, mentre era in fase di ripulitura e di averla poi rivista l'anno successivo a restauro completato.

Hoving ed uno dei curatori del MET (Dictrich Von Bothmer) che era con lui, erano rimasti subito colpiti dalla bellezza della statua che era stata posta in vendita al prezzo di 3,5 milioni di dollari ed era interessato all'acquisto.

Il MET tuttavia aveva già speso il budget previsto per gli acquisiti ed Hoving pensò allora di proporre un acquisto congiunto a J. Paul Getty senior. Dopo un primo contatto telefonico, i due si incontrarono a Londra il 14 giugno 1973 ed in quella occasione Hoving ricevette dal Getty l'incarico di negoziare con Herzer e la società Artemis l'acquisto dell'opera. J. Paul Getty indicò il prezzo di acquisto in 3,5 milioni di dollari, riservandosi però ulteriore tempo per riflettere sull'eventuale innalzamento del prezzo sino a 4 milioni di dollari. Sempre a dire di Hoving, nella circostanza, il

²³ Dal *Summery Account*, a firma dell'Herzer e datato "Monaco 7.1977".

²⁴ J.J. FREL, *The Getty Bronze*, The Paul Getty Museum, Malibu, California 1982, p. 1.

²⁵ T. HOVING, *Making The Mummies Dance*, Simon & Schuster, New York 1993.

Getty, gli esternò le sue preoccupazioni circa le circostanze del rinvenimento e dell'esportazione della statua, essendo perfettamente consapevole che l'opera proveniva dall'Italia e che era stata raccolta fortuitamente da alcuni pescatori nelle loro reti al largo di Fano²⁶.

Senonchè l'ipotesi di acquisto congiunto della statua fallì²⁷.

²⁶ D. SHIRLEY, *Bronzo greco in vendita per 3,5 milioni di dollari*, in «New York Times», 10 marzo 1973; T. HOVING, «*The Getty Bronze*», documentario prodotto dalla ABC News di Los Angeles (California) il 20 aprile 1979.

²⁷ A documentazione del rapporto tra il Metropolitan Museum e J.P. Getty relativamente all'acquisto della statua: lettera di T. Hoving a David Carrit del 25 giugno 1973 «... Facendo seguito alle nostre conversazioni telefoniche, e in particolare alla più recente conversazione che abbiamo avuto giovedì 21 giugno, questa è a confermare che io sono autorizzato da J. Paul Getty a negoziare per suo conto l'acquisto di una statua greca in bronzo raffigurante un atleta, messa in vendita dalla fondazione Artemis. Ciò conferma l'intesa che ora si è raggiunta tra noi riguardo al prezzo cui il sig. Getty è intenzionato ad acquistare questa statua per l'ammontare di \$ 3.800.000. Come le ho chiarito nelle nostre conversazioni, la conclusione di questo acquisto da parte del sig. Getty è soggetta all'esame e all'approvazione del Consiglio del Metropolitan Museum e del consulente legale del sig. Getty in relazione ad alcuni punti legali che possono richiedere qualifiche o certificazioni. Noi presumiamo naturalmente che ciò non presenterà alcun problema per voi riguardo alle vostre richieste al sig. Getty e a me. Per conto del sig. Getty, vorrei dire che noi speriamo di portare questa questione ad una conclusione positiva. Aspetto di avere sue notizie il più presto possibile riguardo ai punti su menzionati. Cordiali saluti Thomas P.F. Hoving». E quella di T. Hoving a J. Paul Getty del 26 giugno 1973 «... Ho trattato la nostra conversazione legata alla associazione in compartecipazione sul bronzo greco a lungo e nei dettagli con C. Douglas Dillon, presidente del museo e capo del Comitato delle acquisizioni, nella quale Lei mi ha autorizzato a condurre le trattative per il suo acquisto del bronzo dell'atleta greco. Egli mi ha chiesto di comunicarle che è pienamente d'accordo con noi e raccomanda l'associazione cooperativa e di partecipazione sotto indicata ai fiduciari del Metropolitan, la cui approvazione è richiesta prima che possa essere preso qualsiasi impegno sottoscritto in nome del museo ...»; segue l'elenco delle opere in prestito permanente al J.P. Getty Museum (n. 17 quadri del I° sec. a.C. "Villa di Boscotrecase" in origine di proprietà di Agrippa postumo, il nipote dell'imperatore Augusto; n. 3 sculture greche di marmo: a) Fanciulla Attica, 480 a.C.; b) Testa di Alessandro, 300 a.C.; c) Testa con barba, 300 a.C.). In prestito temporaneo allorchè la statua viene esposta al Metropolitan Museum; (aa) testa eroica in marmo di Augusto; bb) testa arcaica di un ragazzo di profilo, circa del 520 a.C.; cc) c.d. frammento del timpano di Leone e Toro del 520 a.C. circa dal "Olimpo" di Atene, l'altra metà del quale è al Museo Nazionale di Atene; dd) una stele di manifattura Boeta del 460 a.C. circa raffigurante un giovane che tiene una mela granata; ee) oppure altri lavori su cui si potrebbe trovare un accordo) e la corresponsione di \$250,000 per il bronzo greco «... Noi riteniamo che per ragioni legali sia meglio che l'MMA faccia ciò con un pagamento diretto o con pagamenti al Getty Museum e non ad Artemis». «... 5) Resta chiaramente sottinteso, tra di noi che nessun impegno da parte mia è da considerarsi preso nei riguardi del bronzo greco fino a che non vengano chiarite alcune condizioni legali. Queste riguardano: a) il chiaro titolo di proprietà del Artemis-Herzer; b) se c'è o meno il possesso da

Quando, nel 1976, J.P. Getty muore, il J.P.G. Museum riprende le trattative per l'acquisto della statua perfezionata nel 1977 per 3.950 milioni di dollari²⁸.

Il primo acquisto della «nuova era» *post* Paul Getty del museo proviene, dunque, dal mercato nero e l'atleta è ironicamente ribattezzato *Getty Bronze*.

L'INTERPOL riferì con rapporto 6 dicembre 1977 che la vendita della statua era avvenuta a Londra da parte del mercante d'arte David Carritt della società Artemis, e del barone belga Leou Lambert, in favore del J.P. Getty Museum. La società Artemis aveva acquistato la scultura nel 1974 da Heinz Herzer commerciante d'arte e antiquario di Monaco.

parte dello Stato italiano; c) le circostanze che riguardano la sua uscita dall'Italia; c) la possibile giurisdizione sul prezzo da parte del Ministero della Cultura e delle Arti o altro ente del governo italiano; i) come abbiamo detto, il consigliere legale del MMA, Herbert Brownell, della ditta Lord, Day & Lord si metterà in contatto il prima possibile con gli avvocati dell'Artemis a Roma, Giovanni Manca e Vittorio Grimaldi, per rivedere tutti i i problemi legali passati e presenti; ii) è ugualmente chiaro che Herbert Brownell o il suo rappresentante si sforzeranno di discutere le questioni legali sia con le belle arti, la Polizia italiana o qualsiasi altro ente italiano per scoprire se ci possono o meno essere rivendicazioni legali dell'atleta di bronzo. E pure sottinteso che Herbert Brownell discuterà tutti i problemi legali con i vostri avvocati; iii) ho accluso una copia della lettera a David Carrit, in relazione all'offerta e a tutte le importanti questioni legali, come ne abbiamo parlato ...».

²⁸ Con nota 8 luglio 1977, a firma Heinz Herzer e Volker Kinnius, La "Antiken H. Herzer & Co." informa Jiri Frel: «*We have just instructed the London Artemis office to mail to you directly the complete documentation of the legal aspects concerning our Greek Bronze statue [...] A Summary Account accompanies the documentation, it should serve as a kind of introduction for the threes files ...*». Nel *Summary Account* si legge: «*The Greek bronze statue, a Fourth Century B.C. original, lifesize, and cast in one piece, representing a young athlete wearing a wreath of wild olive – the award of the Olympic victory – has been bought by one of the subsidiaries of Artemis S.A in 1971. The purchase took place in Brasil, after thorough legal consultation, in order to ascertain complete legality concerning the title of ownership. After the purchase the statue has been shipped from Brasil in London, and on to Munich where it stayed until it has been moved to London again, only recently. The statue had been recovered by some Italian fishermen from the Northern Adriatic, apparently outside any territorial waters, in the winter of 1963/4; obviously it originates from Roman shipwreck. I had been brought back to Italy and was sold subsequently to some investigations and judicial proceedings which latest until 1970, when the Italian Supreme Court of Appeal closed the case finally by acquitting the accused fully; in consequences the statue could be regarded as an ordinary moveable thing. It apparently ha been in Brazil for some years, already at that time ...*». Come riferito dal legale rappresentante del J.P. Getty Trust, Stephen W. Clark nella istruttoria dibattimentale nell'incidente di esecuzione nel procedimento penale nei confronti di Pirani Romeo, Ferri Guido, Barbetti Pietro, Barbetti Fabio e Barbetti Giacomo, imputati del reato di contrabbando e di esportazione illecita della statua, tra i documenti inviati da H. Herzer al J.P. Getty Museum non era contenuto il contratto di acquisto della statua in Brasile, né tantomeno la documentazione doganale della sua importazione in Inghilterra e in Germania.

La statua era rimasta a Londra dai primi del 1975 ai primi del 1977 e, quindi, venduta al J.P. Getty Museum che la aveva data in prestito per breve tempo al Museo di Denver in Colorado.

Il 21 giugno 1978, Nuova Scotland Yard, rispondendo alla rogatoria internazionale del Pretore di Gubbio, riferì che, secondo le dichiarazioni di David Carritt, la statua era stata tenuta a Londra nei magazzini della David Carrit Ltd, di cui era titolare lo stesso Carrit, società che era una succursale dell'Artemis S.A, con sede in Lussemburgo. La statua era stata acquistata da un'altra succursale dell'Artemis, la "Établissement D.C." con sede a Vaduz nel Liechtenstein in un luogo imprecisato nel 1971. Carritt affermava di non conoscere alcun dettaglio di tale transazione. La statua rimase nei magazzini di David Carritt di Londra per circa un anno, dopo di che fu inviata al museo della Antichità Classiche di Monaco per il restauro. Essa rimase a Monaco per circa due anni, fino a quando nel 1975 Paul Getty si interessò all'acquisto e poiché questi non voleva muoversi da Londra, la statua fu nuovamente inviata nei magazzini di Carritt a Londra. La scultura fu acquistata dal J.P. Getty Museum e poi trasportata a Boston in data 8 agosto 1977. Carritt riferì che l'antiquario Heinz Herzer era anche un membro del consiglio dell'Artemis Fine Arts e che nella vendita della statua al J.P. Getty Museum aveva svolto il ruolo di consigliere. Il Carritt affermava di non sapere chi avesse trasportato la statua dall'Italia e che nessun documento pertinente alla stessa era in possesso della David Carrit.

Sally Ela, segretaria del J.P. Getty Museum, interrogata dalla Polizia americana²⁹, dichiarò che la statua era entrata in America dal porto di Boston a mezzo dell'agenzia doganale T.D. DWINING Company di quella città, con bolletta datata 15.08.1977, spedita dall'agenzia Artemis di Londra, ed era stata portata nel Fine Arts Museum di Boston, ed ivi lasciata dai fiduciari del J.P. Getty Trust per un certo periodo di tempo allo scopo di non pagare le tasse in California. Successivamente, per ragioni climatiche, era stata trasferita nel Museo di Denver in Colorado, dove era rimasta in mostra fino al marzo 1978 e, quindi, trasferita al J.P. Getty Museum di Malibù. Riferiva, inoltre, che la scultura era stata trovata in acque internazionali, di fronte alla costa italiana, legalmente esportata a Monaco di Baviera, acquistata e parzialmente restaurata a cura di Herzer Heinz, commerciante per l'Artemis, poi era stata proposta in vendita fin dal 1970 a facoltosi acquirenti, tra i quali anche J.P. Getty. Nel 1974 la statua era stata ispezionata dal Soprintendente del J.P. Getty Museum, al fine di verificarne l'autenticità e, quindi, acquistata nel 1977 per 3.950.000

²⁹ Rapporto dell'INTERPOL del 21 marzo 1978.

dollari. Dichiarava, infine, che il J.P. Getty Museum era in possesso delle sentenze della A.G. italiana del 1965 e del 1970, che avevano assolto i venditori della statua e dalle quali risultava che la stessa era stata rinvenuta in acque internazionali e, di conseguenza, non soggetta alla legge italiana.

Capitolo 3

I processi penali originati dalle indagini di Polizia giudiziaria e le iniziative successive assunte dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Le indagini di Polizia giudiziaria svolte sino all'anno 1978 hanno dato luogo a tre procedimenti penali.

Il primo, innescato dalle indagini svolte l'anno successivo al ritrovamento fortuito della statua, innanzi alla A.G. di Perugia.

L'A.G. di Perugia contestò a Pietro Barbetti e a Fabio Barbetti il reato di ricettazione (art. 648 c.p.) e al sacerdote Nagni Giovanni il reato di favoreggiamento reale (art. 379 c.p.). Successivamente, la Tenenza CC di Gubbio denunciò anche Barbetti Giacomo per il reato di ricettazione, in relazione al reato di cui all'art. 67 (Impossessamento di cose di antichità o d'arte) della Legge n. 1089 del 1939.

Il Ministero della Pubblica Istruzione, in allora competente in materia di tutela del patrimonio culturale nazionale, non si costituì parte civile.

Il procedimento si concluse con sentenza 18.05.1966 di assoluzione di tutti gli imputati, avendo il Tribunale ritenuto, in assenza della statua o di una sua fotografia, l'insufficienza delle prove raccolte sia sul ritrovamento della statua in territorio italiano (mare territoriale), sia sul valore storico ed artistico dell'oggetto, sia infine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo dei reati contestati.

La Corte di Appello di Perugia con sentenza 27.01.1967, riformando la sentenza, condannò i Barbetti per il delitto di ricettazione ed il Nagni per quello di favoreggiamento reale. E ciò, ritenendo che sussistessero in atti tutti gli elementi idonei a ritenere l'oggetto da essi acquistato da non identificati pescatori, pur nella sua assenza fisica al processo, di rilevante interesse archeologico-artistico-culturale e che non sussistessero elementi idonei a sostenere l'ipotesi del ritrovamento della statua in acque extraterritoriali.

La Corte di Cassazione con sentenza 22 maggio 1968 n. 1291 rilevando il difetto di motivazione della sentenza di assoluzione degli imputati in ordine alla prova del rinvenimento della statua in acque nazionali e del suo

valore artistico ed archeologico, in ragione dell'impossibilità di procedere ad un suo esame diretto (all'epoca infatti non erano ancora state acquisite le riproduzioni fotografiche del bene) accolse il ricorso proposto dagli imputati con rinvio alla Corte di Appello di Roma.

La Corte d'Appello di Roma con sentenza dell'8.11.1970 assolse tutti gli imputati.

La mancata costituzione di parte civile del Ministero ha impedito di valorizzare la circostanza che vi era la prova che era stato negoziato un reperto archeologico che si trovava sul territorio nazionale e, quindi, non assumeva valore il luogo del suo ritrovamento e il suo valore culturale.

Il bene archeologico, invero, appartiene di diritto al patrimonio culturale nazionale formale ai sensi degli artt. 43 e ss. della Legge n. 1089 del 1939³⁰.

Ne consegue che i Barbetti ed il Nagni dovevano essere condannati in quanto la ricettazione di un bene archeologico e il favoreggiamento reale risultavano provati dalla testimonianza resa da Giselda Gaggioli.

Nel luglio 1973 a Monaco di Baviera i CC rinvennero la statua nell'*atelier* dell'antiquario Heinz Herzer e chiesero assistenza della locale Polizia per quanto di competenza, considerata la sussistenza del reato di esportazione illecita del bene archeologico.

Sulla base delle risultanze dell'accesso della Polizia criminale all'*atelier* di Herz, la A.G. di Monaco di Baviera in data 27 luglio 1973 iscrisse un procedimento penale nei confronti di H. Herzer prefigurando il reato di ricettazione e contrabbando illegale della statua dall'Italia.

Parallelamente, il Pretore di Gubbio radicò il procedimento penale nr. 993/1973 a carico di ignoti per il reato di esportazione clandestina di cosa di interesse archeologico (art. 66 Legge n. 1089 del 1939) e dispone una rogatoria internazionale alla A.G. di Monaco di Baviera chiedendo: il sequestro della statua, la documentazione fotografica della statua, l'interrogatorio di Herzer in qualità di indiziato in concorso nel reato di esportazione clandestina dall'Italia di reperti archeologici.

L'A.G. di Monaco di Baviera inserì la rogatoria nel procedimento penale nei confronti di Herzer. Il difensore di Herzer prese contatto a Roma con il Col. CC Mambor³¹ e Rodolfo Siviero³². Il legale mirava a

³⁰ Cassazione, sezione III, 12 gennaio 2007 n. 458.

³¹ Comandante del Comando CC T.P.A.

³² A partire dal 1945 Rodolfo Siviero è il capo dell'Ufficio recuperi e partecipa in prima persona al ritrovamento dei beni trafugati da nazisti e stoccati nei nascondigli altoatesini durante l'occupazione. Dal 1946 gli viene affidato un ufficio interministeriale per i recuperi, in nome del quale egli avvia le prime missioni in Germania, accreditato presso

raccogliere notizie sulle indagini in corso sul ritrovamento e l'esportazione della statua e sulla sua eventuale sottrazione ad opera delle truppe naziste nel corso della II guerra mondiale.

L'incontro non avrebbe avuto un senso se il difensore di H. Herzer non avesse mostrato ai due interlocutori una fotografia della statua e, quindi, rimane un dubbio sul comportamento di questi ultimi che non hanno informato il Pretore di Gubbio sull'incontro³³.

H. Herzer, interrogato dal magistrato inquirente, dichiarò di non essere in grado di stabilire l'identità tra la statua reclamata dall'Italia e quella posseduta, acquistata dalla società Artemis in Lussemburgo, proveniente da Londra, nel luglio 1971.

L'A.G. di Monaco di Baviera archiviò il procedimento per inesistenza dell'obbligo di assistenza giudiziaria in quanto il reato ipotizzato dall'AG italiana non consentiva l'estradizione (Trattato Italo-Tedesco del 12 giugno 1942: artt. 20 cpv. 1, 3 cpv. 1 e 2, 5 lett. c).

Le indagini successive dell'INTERPOL non consentirono di individuare l'autore della esportazione clandestina della statua ed il Pretore di Gubbio con sentenza 25 novembre 1978 n. 212 dichiarò di non potersi procedere per essere ignoti gli autori del reato.

Con nota 30 maggio 1979 n. 4455/73 "P" il Comando CC. TPA inviò al Ministero una sintesi dell'attività investigativa svolta dall'anno 1965 per il caso che si ritenesse opportuno «promuovere tutte quelle possibili azioni allo scopo di ottenere la restituzione dell'opera d'arte o il risarcimento del danno arrecato al patrimonio artistico dello Stato».

La questione della restituzione della statua fu riproposta nella riunione del 28 settembre 1982 tra i rappresentanti del J.P. Getty Trust ed il Ministero nella quale venne esaminato il documento "*Paul Getty Trust expansion plan*", ma non esaminata.

le autorità americane di occupazione, per trattare le restituzioni degli innumerevoli opere italiane ancora mancanti all'appello. Nel 1948, ottiene la modifica dell'art. 77 del Trattato di Pace firmato a Parigi nel 1947 dalle potenze europee, grazie al quale l'Italia può negoziare la restituzione delle opere d'arte acquistate in modo proditorio dalle alte cariche naziste prima dell'armistizio. Nell'accordo De Gasperi - Adenauer gli viene affidata la Presidenza della Delegazione italiana per le restituzioni, un'istituzione interministeriale che fino alla sua morte. F. BOTTARI, R. SIVIERO, *Avventure e recuperi del più grande agente segreto dell'arte*, Castelvechi Editore, Roma 2013; L. SCARLINI, *Siviero contro Hitler - La battaglia per l'arte*, Skira, Milano 2014.

³³ Le Autorità italiane solo nel novembre del 1977 hanno acquisito una copia della fotografia della statua al momento del ritrovamento.

Con nota 11 marzo 1909 indirizzata al direttore del J.P. Getty Museum, il prof. Francesco Sisinni chiedeva «di decidere per la restituzione dell'opera all'Italia, tributando anche alla comunità internazionale una fruttuosa testimonianza di alto significato etico e scientifico». La risposta di J. Walsh, direttore del J.P. Getty Museum, del 15 maggio 1989 fu un diniego, in quanto «*I cannot see any substance to your claim that we are motivated by an "inconsistenza etica oltre che giuridica" We believe that the statue has a tenuous relationship to the italian patrimony. It has the subject of legal claims in Italy that were stopped in 1970 and was acquired by the Getty Museum in 1977 in full compliance with international and domestic laws [...] The facts of the case have been publicized widely for many years; to our knowledge no new facts have come to light that might effect our view of the status of the statue*»³⁴.

³⁴ «... Lei scrive come se pensasse che il Getty Museum sia inconsapevole o insensibile alle serie questioni etiche poste dagli studiosi in relazione al mercato delle antichità. La verità è un'altra: noi seguiamo una politica che ci impone restrizioni inconsuete riguardo agli acquisti, che vanno ben oltre quelle richieste dalla legge. E inoltre lei parla di "un disagio per il mondo degli studiosi" come se il Getty stesso non fosse esso stesso parte di quel mondo, e non avesse contribuito a renderlo un po' più importante mediante le mostre e facendo pubblicazioni sulla scultura in questione. Penso che lei sarebbe stupito di quanto scrupolosamente le nostre antichità sono conservate, quanto siano esposte con cura, quanto prontamente siano fatte pubblicazioni, e come siano liberamente accessibili agli studiosi di ogni nazionalità. In marzo abbiamo tenuto un simposio internazionale sulla scultura bronzea, uno di una serie di simposi sulle antichità organizzati dal Getty Museum, così come un incontro della durata di un giorno sul collezionismo. Mi spiace che lei non abbia potuto partecipare. Il suo consiglio di rispedire *L'Atleta vittorioso* all'Italia è giunto come una spiacevole sorpresa. Non trovo alcuna "sostanza" alla sua rivendicazione che noi siamo motivati da "una inconsistenza etica oltre che giuridica". Noi riteniamo che la statua abbia un legame tenue col patrimonio italiano. E' stata oggetto di rivendicazioni legali in Italia che sono cadute nel 1970 ed è stata acquistata dal Getty Museum nel 1977 in totale conformità alle leggi interne e internazionali. E' stata messa in mostra in modo permanente da allora e studiata con pubblicazioni *in extenso*. I fatti della disputa sono pesantemente resi pubblici da molti anni; non siamo a conoscenza di nuovi fatti che possano influenzare il nostro modo di considerare lo stato della statua. ...».

L'impostazione giuridica del caso

4.1. Le "cose archeologiche" e le "cose di interesse archeologico"

Con la Legge 26 aprile 1964 n. 310, si istituì una Commissione di studio per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio. Questa Commissione (nota come Commissione Franceschini, dal nome del suo presidente) concluse i suoi lavori nel 1966 formulando diverse proposte suddivise in 84 "Dichiarazioni".

Le dichiarazioni risultano di fondamentale importanza perché, oltre ad aver riservato all'archeologia un'ampia trattazione, in esse venne adottata per la prima volta la locuzione "bene culturale" con il significato di "tutto ciò che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà".

Nella definizione è insito il concetto dello stretto collegamento tra la "res culturale" e il territorio. Si tratta di una impostazione in linea con le Convenzioni internazionali, ribadita dalle "premesse" della Convenzione UNESCO relativa ai mezzi per impedire e vietare l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito di beni culturali (Parigi, 14 novembre 1970) «*Considering that the interchange of cultural property among nations for scientific cultural and educational purposes increases the knowledge of the civilisation of Man, enriches the cultural life of all people and inspires mutual respect and appreciation among nations "e" considering that the cultural property constitutes one of the basic elements of civilization and National culture, and that its true value can be appreciated only in relation to the fullest possible information regarding its origin, history and traditional setting*» e «*considering that it is incumbent upon every State to protect the cultural property existing within its territory against the dangers of theft, clandestine excavation and illicit traffic "e" considering that, to avert these dangers, it is essential for every State to become increasingly alive to the moral obligation to respect its own cultural heritage and that of all nations*».

La DICHIARAZIONE XXII relativa ai beni archeologici e alle zone archeologiche dispone:

«Si intendono per beni archeologici, ai fini della legge, indipendentemente dal loro pregio artistico, le cose immobili e mobili costituenti testimonianza storica di epoche, di civiltà, di centri od insediamenti la cui conoscenza si attua preminentemente attraverso scavi e rinvenimenti. Determinazioni generali o particolari della qualità di bene archeologico in relazione alle varie epoche, civiltà o centri d' insediamenti, potranno essere adottate per iniziativa o su parere conforme dei Comitati nazionali interessati. La legge dovrà regolare le modalità di costruzione di zone archeologiche costituenti bene archeologico unitario e inscindibile, e tutelabili secondo la Dich. XXIV».

Con questa definizione, che rappresenta un'evoluzione concettuale di grande importanza, si prendono le distanze da quell'ideale di "bello estetico" che per anni aveva permeato la mentalità degli studiosi e si enfatizza l'importanza del bene culturale nella nostra società, il quale deve trasmettere valori di rilievo.

Una rivoluzione volta a un giudizio più storico che estetico che cambia totalmente il modo di approccio alla archeologia³⁵, staccandosi dall'aspetto della ricerca del bello e abbracciando l'importanza storica e scientifica degli elementi "non belli" che prima venivano scartati, ma che in realtà

³⁵ La legislazione italiana di settore adotta una nozione di archeologia che mira soprattutto alla acquisizione di conoscenze, per le quali è necessario ogni elemento, anche il più insignificante, che possa illuminare sulle passate civiltà, come solo siti e contesti completi e integri possono consentire. Lo scavo clandestino e la asportazione del materiale archeologico rinvenuto costituiscono un danno a tale conoscenza. Lo scavo clandestino e non scientifico cancella il legame della cosa con la società di riferimento. Non è indifferente per la storia della civiltà mediterranea che il cratere di Eufronio, un capolavoro dell'arte greca, sia stato rinvenuto in un tempio o in una camera mortuaria in Spagna, nel sud della Francia, o a Cerveteri. Questi differenti contesti possono fornire fondamentali informazioni sulla società che ha creato la cosa, sulle sue relazioni commerciali con la popolazione del luogo di ritrovamento ed il suo gusto, nonché sulla sua circolazione e apprezzamento successivi. Il cratere di Eufronio non assume rilievo, dunque, esclusivamente per la maestria del vasaio che lo ha modellato o per la maestria del pittore che lo ha dipinto o per la riproduzione di un episodio letterario, o per il suo essere un esemplare unico, ma unicamente per essere testimonianza del gusto di una società (la greca) e delle relazioni di questa con altra società (etrusca), insediata storicamente nel luogo di ritrovamento. Gli archeologi sono impegnati a risolvere importanti questioni storiche di difficile soluzione per l'assenza di documentazione e se i luoghi che custodiscono le risposte a tali interrogativi sono spogliati e distrutti da scavi non scientifici tali interrogativi rimangono insoluti.

possono darci una grande serie di informazioni utili che parte dalla società e si riflette nel diritto, esprimendosi con la modifica lessicale nella legge, la quale quasi sempre cela un cambiamento di pensiero.

A livello internazionale i primi Trattati internazionali che si sono occupati della difesa della cultura e dei suoi beni da ricordare sono in *primis* la Convenzione per la protezione dei Beni Culturali in caso di conflitto armato (L'aja, 1954). Adottata dopo aver constatato i danni subiti dai beni culturali nel corso dei conflitti e per evitare che rischino di esser distrutti, si apre con una definizione dei beni culturali per poi disporre i diversi comportamenti che i Paesi contraenti devono tenere in casi particolari, quali emergenze e guerre, al fine di mantenere inalterato il rispetto, la protezione, e il trasporto dei beni di ogni paese. Di fondamentale rilievo è la presa di coscienza dell'importanza della cultura in tutti i suoi aspetti e sfaccettature, da difendere anche in situazioni dove prima non veniva minimamente presa in considerazione.

In seguito abbiamo la Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale (Parigi, 1972), di materia più generica rispetto a quella precedentemente indicata, ma non per questo di minore importanza. La Convenzione ha come presupposto il principio che “la tutela di questo patrimonio a livello nazionale è spesso insufficiente per l'ampiezza dei mezzi che richiede, l'insufficienza delle risorse economiche, scientifiche e tecniche del Paese sul cui territorio si trova il bene da salvaguardare” ed è volta ad adottare nuove disposizioni per definire un sistema di protezione collettiva del patrimonio culturale nazionale, organizzato secondo metodi scientifici e moderni.

La definizione di patrimonio culturale è contenuta nell'art. 1: «Ai fini della presente Convenzione sono considerati “patrimonio culturale”: i monumenti: opere di architettura, di scultura o di pittura monumentali, elementi o strutture di carattere archeologico, iscrizioni grotte e gruppi di elementi che abbiano un valore universale eccezionale dal punto di vista della storia, dell'arte o della scienza; i complessi: gruppi di costruzioni isolati o riuniti che, per la loro architettura, per la loro unità, o per la loro integrazione nel paesaggio, hanno un valore universale eccezionale dal punto di vista della storia, dell'arte o della scienza; i siti: opere dell'uomo o creazioni congiunte dell'uomo e della natura, nonché le zone ivi comprese, le zone archeologiche di valore universale eccezionale dal punto di vista storico, estetico, etnologico o antropologico».

Ma a livello internazionale gioca un grandissimo ruolo la “Convenzione europea per la salvaguardia del patrimonio archeologico” (La Valletta, 16 gennaio 1992). La Convenzione, totalmente incentrata sull'archeologia, la

quale viene vista come patrimonio collettivo europeo, detta le linee guida per la sensibilizzazione, per la valorizzazione e per la tutela del patrimonio archeologico. L'art. 1 dispone: «1. L'obiettivo della presente Convenzione è di proteggere il patrimonio archeologico in quanto fonte della memoria collettiva europea e strumento di studio storico e scientifico. 2. A tale scopo sono considerati come costituenti il patrimonio archeologico tutti i reperti, beni e altre tracce dell'esistenza dell'uomo nel passato: I) la cui salvaguardia e studio permettono di descrivere l'evoluzione della storia dell'uomo e del suo rapporto con la natura; II) i cui principali mezzi di informazione sono costituiti da scavi e scoperte, nonché da altri mezzi di ricerca concernenti l'uomo e l'ambiente che lo circonda; III) che si trovano su territori soggetti alla giurisdizione delle Parti contraenti. 3. Il patrimonio archeologico comprende le strutture, costruzioni, complessi architettonici, siti esplorati, beni mobili, monumenti di altro tipo e il loro contesto, che si trovino nel suolo o sott'acqua».

Dopo la definizione di “bene” la Convenzione individua gli obblighi degli Stati, fra i quali: la predisposizione di un regime legislativo idoneo a tutelare i beni, la gestione di un inventario, l'individuazione di zone di riserva, gli obblighi di segnalazione, le procedure di autorizzazione e di controllo degli scavi, l'adozione di misure di sensibilizzazione del pubblico, nonché la messa in campo di azioni preventive per evitare la circolazione illecita del patrimonio archeologico. Non vengono nominate solo determinate categorie di archeologia, ma si fa riferimento all'“evoluzione dell'uomo nel passato”. Vengono compresi quindi tutti i campi e i periodi, non solo la preistoria o la paleontologia.

Si fa riferimento poi alle scoperte anche nell'ambiente che circonda, quindi viene presa in considerazione tutta l'area e non il singolo ritrovamento o il singolo “bene”, ma gli studi che bisogna effettuare nell'ambiente circostante. Infine si elencano i siti, i beni mobili e ciò che si trova nel suolo o nell'acqua, in un tentativo di abbracciare tutti i diversi aspetti di una materia complessa quale è l'archeologia. Si tratta senza dubbio di un passo avanti verso delle definizioni più precise e quindi verso delle leggi più specifiche.

La Convenzione de La Valletta rafforza i principi stabiliti da un'altra Convenzione precedente: “la Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico” (Londra, 1969).

Particolarmente importante, oltre alla definizione data di “bene archeologico”, è il suo preambolo «Affermando che il patrimonio archeologico costituisce un elemento essenziale per la conoscenza della storia della civiltà; Riconoscendo che la responsabilità morale della protezione del

patrimonio archeologico europeo, prima fonte della storia d'Europa, seriamente minacciato di distruzione, pur rientrando in primo luogo fra i doveri dello Stato interessato, incombe comunque sull'insieme degli Stati europei; Considerando che il punto di partenza di tale protezione dovrebbe essere costituito dall'applicazione dei più rigorosi metodi scientifici nelle ricerche o scoperte archeologiche al fine di preservarne il pieno significato storico e di rendere impossibile qualsiasi scavo clandestino in quanto causa di distruzione irrimediabile di informazioni scientifiche; Considerando che la protezione scientifica in tal modo garantita al patrimonio archeologico: a) offrirebbe protezione particolarmente alle collezioni pubbliche, e b) promuoverebbe la necessaria ed invocata riforma del mercato degli oggetti provenienti da scavi archeologici; Considerando che è necessario vietare gli scavi clandestini ed istituire un controllo di carattere scientifico del patrimonio archeologico, come è del pari necessario cercare, mediante l'istruzione, di dare agli scavi archeologici il loro pieno significato scientifico». Hanno convenuto quanto segue: art. 1 «Ai fini della presente Convenzione, sono considerati patrimonio archeologico le vestigia, gli oggetti e qualsiasi altra traccia di esistenza umana, costituenti una testimonianza di epoche e civiltà di cui la principale o una delle principali fonti d'informazione scientifica è costituita da scoperte o scavi archeologici».

Si può notare come venga riconosciuta la sua base storica e scientifica e il ruolo degli studi anche nella sua valorizzazione, sempre secondo quel cambiamento di pensiero che la vede come materia scientifica e non mirata allo sterile ritrovamento del bello.

Viene prospettata l'archeologia come valore universale, culturalmente rilevante per tutti, una materia alla base della nostra società che merita una disposizione di legge per regolamentarla nei suoi molteplici aspetti e per valorizzarla.

Ma soprattutto vengono nominati e vietati gli scavi clandestini, che non solo alimentano il mercato illecito di oggetti d'arte, ma sono fra le maggiori cause della perdita di informazioni scientifiche, e fra i più gravi danni per gli studiosi. Tutti concetti significativi riportati poi nella Convenzione della Valletta.

Va sottolineato che la tutela apprestata dalla legislazione italiana riguarda qualunque tipo di reperto archeologico e non solo quelli "importanti" o di "rilevante importanza".

Sul punto, la giurisprudenza ha sottolineato «l'artificialità di uno sdoppiamento tra la categoria delle "cose archeologiche" e la categoria

delle “cose d’interesse archeologico” che non trova sostegno nel dettato normativo.

L’art. 1 della Legge n. 1089 del 1939 sottopone alla normativa tutte le cose, immobili e mobili, che presentino interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, e così pure l’art. 2 del T.U. Beni Culturali, e, da ultimo, l’art. 10 del CBC. La giurisprudenza ha sottolineato che «La semplice appartenenza del bene alla categoria delle cose d’interesse archeologico ne comporta la assegnazione al patrimonio indisponibile dello Stato, non essendo necessario l’espreso riconoscimento dell’interesse culturale dell’oggetto di che si tratta da parte dell’autorità» (Cass. Sezione I, sentenza n. 2995 del 10.2.2006).

Quanto indicato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione trova conferma sia in quanto da sempre la scienza archeologica viene sostenendo, sia, di conseguenza, nella normativa internazionale di settore, alla quale il nostro ordinamento ha aderito, ratificando e/o recependo i medesimi precetti.

Al riguardo, vanno in breve richiamati i migliori indirizzi che contrappongono ad una archeologia – oppure in generale ad una scienza volta allo studio delle cose di pregio artistico e storico – concepita come mera raccolta di cose, un’archeologia o scienza che mira soprattutto alla acquisizione di conoscenze, per le quali è necessario ogni elemento, anche il più insignificante, che possa illuminare sulle passate civiltà, come solo siti o contesti completi ed integri possono consentire.

Le azioni (giudiziarie o stragiudiziarie) relative al rientro di un reperto archeologico illecitamente sottratto al patrimonio culturale nazionale hanno caratteristiche diverse rispetto a quelle relative ad altre “cose di interesse culturale”.

La diversità è data dal fatto che del materiale archeologico nel caso di scavo clandestino o di recupero non autorizzato in mare è possibile la attribuzione stilistica, ma non ne è conosciuta la esistenza prima del ritrovamento ed il luogo specifico di insidenza e, quindi, il problema della “appartenenza” culturale si presenta di difficile soluzione. Scientificamente vale il principio della comparazione dello oggetto con quelli rinvenuti in precedenti campagne di scavo scientifiche o provenienti da ritrovamenti accidentali denunciati³⁶.

³⁶ Nel gennaio del 1965 il motopeschereccio di Sciacca “Angelina Madre” rinvenne una statuetta fenicia in bronzo, alta 36 cm, impigliatasi nella rete a strascico. Il ritrovamento diede luogo ad una controversia giudiziaria decisa dal Tribunale di Sciacca del 9 gennaio 1963. Vedi F. MILITELLO, *Il Melqart di Sciacca “sub specie iuris”*. Sentenza emessa dal Tribunale di Sciacca il 9 gennaio 1963, Sciacca, 1963; NASCA, *Un commento giuridico della sentenza di Sciacca*, in «Giurisprudenza Siciliana», 1963, pp. 370 ss.; G. PURPURA, *Sulle*

4.2. *Gli accertamenti per provare la qualità e la attribuzione della "res" archeologica*

Il ritrovamento della statua e le successive vicende al suo scarico nel porto di Fano interessano ai fini della analisi della vicenda processuale conclusasi con la sua confisca. Sotto questo profilo interessa la prova che si tratta di un'opera autentica o, comunque, di una copia storicizzata. Tale prova sia per quanto riguarda la sua autenticità sia per quanto riguarda la identità del relitto impigliatosi nelle reti del motopeschereccio "Ferruccio Ferri" con la statua acquistata dal J.P. Getty Museum è fornita dalla fotografia di pre-conservazione riprodotta nella scheda di presentazione dello acquisto da parte del museo californiano redatta da Jiri Frel³⁷.

Descrizione della statua e la tecnica di esecuzione

La statua, in bronzo, raffigura un giovane atleta rappresentato in nudità eroica³⁸ ed ha le dimensioni di 151,5 x 70 x 28 cm, con la base mancante sino all'altezza delle caviglie: gli occhi, mancanti, furono probabilmente realizzati separatamente in pietra colorata o pasta vitrea e inseriti a fusione ultimata, mentre i capezzoli sono in rame³⁹.

La lega metallica utilizzata è un bronzo composto di rame per l'89%, di stagno per il 10,77% e piccole percentuali di piombo, arsenico e cobalto⁴⁰.

vicende ed il luogo del rinvenimento del cosiddetto Melqart di Selinunte, in «Rivista Sicilia Archeologica», 1981, nn. 46-47, pp. 87-93.

³⁷ J. FREL, *The Getty Bronze*, in *The Paul Getty Museum*, Malibù, California 1978: «La identità tra il relitto di metallo a forma di uomo a grandezza naturale imbrigliatosi accidentalmente nelle reti del motopeschereccio "Ferruccio Ferri" con la statua acquistata in Inghilterra dal J. Paul Getty Museum nel 1977 è stata formalmente conosciuta dalle Autorità italiane solo dopo la consegna da parte di Renato Merli ai Carabinieri della fotografia del relitto da questi scattata nel 1964, avvenuta il 24 novembre 1977».

³⁸ Il nudo eroico (o nudo ideale) è un concetto dell'arte e della cultura classica che consiste nella rappresentazione del corpo umano nudo per indicare che il soggetto umano apparentemente mortale raffigurato nella scultura è in realtà un essere semi-divino, ossia un eroe.

³⁹ Non sono state effettuate ricerche *in loco* per il recupero delle parti mancanti. La ricerca, seppure utile per la integrazione della statua, dato il lungo periodo trascorso dal rinvenimento (14 agosto 1964) e l'inizio delle indagini per accertare la sua uscita dal territorio nazionale con tutta probabilità non avrebbe condotto ad un esito positivo. Il mancato rinvenimento non avrebbe, inoltre, fornito indicazioni per confutare la indicazione del punto mare da parte del capitano del motopeschereccio battente bandiera italiana e, quindi, in base alle convenzioni internazionale marittime territorio italiano.

⁴⁰ FREL, *The Getty Bronze*, cit., p. 7.

La statua è stata realizzata con la tecnica della fusione a “cera persa”, cioè con un modello positivo cavo in cera a perdere, su cui veniva appoggiata la terra da fonderia che creava il negativo, all’atto della colata la cera evapora per l’alta temperatura del metallo e lascia spazio a questo. Questa tecnica permette una ottima modellabilità e la possibilità di rifinire minuziosamente i particolari, oltre che di ottenere superfici perfettamente levigate.

La tecnica usata non consentiva, peraltro, di ottenere la statua in un’unica colata ma erano necessarie ulteriori, specifiche colate per le varie parti della statua (tronco, testa, braccia e gambe) che venivano successivamente unite per saldature⁴¹. A volte, nella terra da fonderia rimangono incluse anche piccole parti organiche come ossi o, come successo in questo caso, gusci di nocciole o di olive, che consentono l’analisi e la datazione con il metodo del “carbonio-14”. L’analisi ha consentito di datare la fusione tra il IV secolo a.C. e il II a.C. e, quindi, al periodo di attività di Lisippo.

Elemento rilevante per il giudizio di attribuzione della statua si ricava dalla postura del soggetto. Anche se la parte inferiore ai polpacci è mancante, dalla postura della statua si deduce che il piede poderale, quello su cui carica il peso, è il destro. Mentre la gamba destra è diritta, la gamba sinistra è leggermente piegata in avanti e sembra che il piede sinistro appoggiasse sulla punta. L’asse del tronco ha una conformazione a S, il collo ripiega verso destra con la testa che, in opposizione, ricade verso sinistra, ossia verso il lato a riposo, come è tipico nella ostruzione antitetica delle figure lisippee. Lo sguardo, con espressione fiera ma composta, sembra rivolgersi diritto avanti a sé ad altezza d’uomo. Mentre il braccio sinistro si distende lungo il fianco, il braccio destro è alzato, con il gomito all’altezza della spalla e la mano all’altezza della fronte. Questa postura è stata interpretata come quella dell’atleta che si è appena incoronato con la corona del vincitore di una gara ginnica. Indice e medio sono infatti appena scostati e in opposizione del pollice, mentre anulare e mignolo sono ripiegati su sé stessi. I capelli corti sono raggruppati in ciocche fluenti e ondulate che si dipartono uniformemente verso destra e sinistra a partire dall’altezza dell’occhio sinistro.

La attribuzione della statua

Gli studiosi, sulla base della tecnica di realizzazione della statua e dall’esame iconografico della medesima hanno concluso per la sua autenticità e

⁴¹ J. Frel sostiene che la statua fu modellata e realizzata in un’unica fusione («*but it is already established beyond about that the statue was cast in one piece, not assembled from several parts cast separately*»), in J. FREL, *The Getty Bronze*, ed. 1985, pp. 11 ss.

per la attribuzione a Lisippo o alla sua scuola⁴².

I soggetti raffigurati nelle opere di Lisippo sono in genere attestati da fonti letterarie o iscrizioni e questo ha reso possibile l'identificazione e la ricostruzione degli archetipi attraverso le copie romane. Nel caso dell'Atleta vincitore la critica si è trovata dinanzi a problemi di ricerca diversi: mancando il contesto archeologico e non essendoci riferimenti storici, letterari o epigrafici, è stata solo l'analisi stilistica, unita al confronto con altre statue assimilabili, che ha reso possibile formulare valide ipotesi sulla cronologia e sulla paternità dell'opera.

Sin dall'epoca del fortunoso recupero gli studiosi si sono orientati verso il nome di Lisippo: in seguito le ricerche hanno approfondito la validità di tale attribuzione, moltiplicando i possibili accostamenti ad altre opere dell'artista, verificando la fortuna dell'iconografia nel mondo ellenistico e romano e giungendo fondatamente ad inserire l'opera nel catalogo del Maestro⁴³.

Il soggetto e l'impostazione della figura nello spazio secondo un rigoroso progetto geometrico rimandano all'ambiente peloponnesiaco e, in particolare, alla scuola di Sicione: la gamba portante e il braccio maggiormente in tensione sono sul lato destro, mentre la gamba libera e il braccio rilassato su quello sinistro, verso il quale volge il capo.

Come in tante altre opere lisippee si determina una sorta di "stabilità provvisoria": la figura viene fissata nel momento del potenziale passaggio dalla stasi al moto e il lato in tensione sta per scatenare tutta la sua energia. Altra caratteristica lisippea è la testa piuttosto piccola rispetto al corpo.

Inoltre nel bronzo di Fano si ritrova un tratto tipico di Lisippo, ovvero la compresenza della componente astratta, intellettualistica, emergente

⁴² La scuola di Lisippo data approssimativamente dal 296-293 al 230 a.C. Ne fanno parte il fratello Lisistrato e i tre figli di Lisippo, Euticrate, Daippo e Boedas. Altri allievi furono Carete di Lindo autore del Colosso di Rodi, eretto a cavallo tra il II e il I secolo a.C. e Eutichide, noto per la sua *Thyche*, personificazione della nuova città di Antiochia (intorno al 300 a.C.). Un allievo di Euticrate di nome Tisicrate, ricordato come particolarmente vicino alla maniera di Lisippo, fu a sua volta il maestro di Senocrate di Sicione, scultore e teorico dell'arte, ricordato da Plinio come propria fonte: gli studi su Lisippo e la sua scuola hanno preso corpo soprattutto grazie agli studi di Paolo Moreno editi dal 1973 al 2017. Alcuni studiosi attribuiscono la statua ad un allievo di Lisippo per la non corrispondenza delle proporzioni dell'atleta con le più frequenti proporzioni riscontrate nelle opere di sicura attribuzione al Maestro. Altri studiosi, di contro, ritengono di potere fondare la attribuzione a Lisippo dal "pentimento" in corso d'opera visibile all'altezza del collo, che ne ha allungato la misura, segno del lavoro di un maestro, tendente a modificare e rinnovare canoni precedenti. A. GIULIANO, *Arte greca. Dall'antichità classica all'età ellenistica*, il Saggiatore, Milano 1987, pp. 931-935.

⁴³ P. MORENO (a cura di), *Lisippo: L'arte e la fortuna*, Catalogo della mostra di Roma - Palazzo delle Esposizioni, Fabbri editore, Milano 1995, pp. 68-80.

dall'analisi della struttura, con la cura estrema nella definizione dei particolari: mani, capelli, lineamenti, sono cesellati con estrema finezza. Le dita sono differenziate con grande sensibilità, così come le singole ciocche della capigliatura: in modo particolare i riccioli nella parte anteriore sono inanellati con cura realistica, variando l'inclinazione e il movimento.

Accanto alle osservazioni di carattere stilistico che indirizzano verso Lisippo, determinanti per l'attribuzione sono i confronti con altre opere per lui attestate. La distribuzione delle forze, l'andamento del tronco con l'anca sporgente, la disposizione del braccio sinistro lungo il fianco rinviano alla statua dell'Agia di Delfi; il movimento dell'arto sinistro rimanda all'Eracle in riposo; la particolare conformazione del ventre con una leggera prominente è la stessa dell'*Apoxyomenos* del Vaticano. Altre affinità con le opere lisippee meglio accertate si riscontrano anche nel volto o nella conformazione della capigliatura. Di sorprendente affinità il profilo dell'Agia che mostra, come nel bronzo di Fano, l'innesto della testa piccola e geometricamente intesa su un collo forte e robusto.

Alcuni studiosi, pur confermando l'ambito lisippeo, hanno osservato che l'opera potrebbe essere di uno degli allievi, alcuni dei quali, per esempio Tisicrate, come indicano le fonti, seguivano così fedelmente le orme del maestro che le loro opere non si distinguevano dalle sue⁴⁴.

Il bronzo, tuttavia, con la semplicità del suo impianto che afferma con lucida esemplarità un nuovo canone teso a trovare nuove proporzioni, arriva ad una purezza di stile che si deve ad un artista innovatore e non ad un allievo che ripropone in genere schemi già collaudati.

L'analisi stilistica e i confronti portano ad una datazione dell'opera di poco precedente l'Agia, intorno al 340 a.C., nel periodo di trasferimento dell'artista da Sicione alla corte di Filippo di Macedonia.

La statua di Fano si presenta come una testimonianza tangibile della nuova concezione artistica che Lisippo veniva elaborando in quegli anni: in essa sono ancora visibili le radici della scuola peloponnesiaca e il desiderio di superamento del canone di Policleto, ma già si avverte una nuova ispirazione estetica e concettuale nella rappresentazione dell'uomo, una iniziale promozione del soggetto storico in una sfera ideale che troverà la sua piena realizzazione nei ritratti di Alessandro Magno.

⁴⁴ È evidente che l'attribuzione a Lisippo ha un peso diverso nel qualificare la statua, rispetto ad una assegnazione alla sua scuola. Il parere degli archeologi può influire, perciò, anche nel rafforzare o nello sminuire non solo il valore intrinseco di un'opera, ma anche del senso di una sua restituzione.

La statua presumibilmente faceva parte di un gruppo scultoreo-celebrativo di alcuni atleti vittoriosi posto in un santuario greco-ellenistico come a Delfi o Olimpia⁴⁵.

Tale ricostruzione è stata condivisa da Antonietta Viacava sulla base della minore elaborazione del lato sinistro della statua che fa presumere la presenza di una seconda figura, un giudice che avrebbe incoronato il giovane, secondo una iconografia diffusa, mentre quest'ultimo con la mano destra avrebbe potuto implicitamente indicare la corona o accingersi a sistemarla⁴⁶.

4.3. *La rilevanza giuridica del luogo di ritrovamento in mare della "res" archeologica*

1. Nel corso del negoziato e successivamente nel procedimento di opposizione al decreto del GIP di Pesaro, che aveva negato la confisca della statua in quanto in possesso del J.P. Getty Museum, quale ente terzo "estraneo al reato" (di esportazione clandestina del bene culturale archeologico), il Ministero, parte lesa dal depauperamento del patrimonio culturale nazionale, si è trovato nella necessità di affrontare una serie di problemi di diritto marittimo, civile, internazionale e degli Stati nei quali la statua era stata trasferita dopo la sottrazione al territorio italiano.

2. *Diritto internazionale*⁴⁷

Il bronzo fu ripescato casualmente al largo di Fano il 14 agosto 1964 dal motopeschereccio "Ferruccio Ferri" battente bandiera italiana. Trattasi di una "res" di interesse culturale appartenente al patrimonio culturale subacqueo presente nel Mar Adriatico.

⁴⁵ Nel corso del restauro, avvenuto a Monaco di Baviera, sarebbe state rinvenute all'interno della statua delle fibre che hanno rilevato la presenza di lino. Dal geografo Pausania di Pariegeta ci è noto che nel II secolo d.C. l'unico luogo in Grecia in cui cresceva il lino era intorno ad Olimpia.

⁴⁶ MORENO, *Lisippo: L'arte e la fortuna*, cit.

⁴⁷ G. CATALDI, *Il giurista e i "Paesaggi sommersi". Cenni introduttivi di diritto internazionale del mare*, in «Newsletter Archeologia CISA», vol. 6, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", Napoli 2015, convegno internazionale online <http://www.unior.it/userfiles/workarea_231/file/NL6/PaesaggiSommersi/001_Cataldi.pdf>; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, IX ed., Giuffrè 2000, pp. 122 ss., 276, 813-818.

Quest'ultimo è inteso in senso molto ampio include infatti tutte le tracce di esistenza umana che presentano un carattere culturale, storico o archeologico e che sono sommerse, parzialmente o totalmente, periodicamente o in permanenza, da almeno 100 anni.

Gli oggetti che rientrano in questa definizione fanno parte del patrimonio culturale subacqueo, indipendentemente da criteri materiali o estetici. Si tratta di reperti di qualsiasi tipo, e in particolare di siti, costruzioni, oggetti, resti umani, navi, aeromobili e altri veicoli con il loro carico, sempre unitamente al loro contesto archeologico e naturale⁴⁸.

In materia di cose di interesse archeologico per l'individuazione della disciplina giuridica da applicare in materia di proprietà e di circolazione è rilevante il luogo di ritrovamento. E ciò, in quanto nella materia non rileva né il luogo di produzione del manufatto, né l'autore del medesimo. Se il luogo del ritrovamento è il territorio nazionale (porzione della terra ferma o del mare territoriale) è la normativa dell'ente costituzionale che esercita la sovranità su di esso che disciplina, sotto ogni profilo di rilevanza giuridica, il bene.

La nozione di territorio nazionale, sia per la parte terrestre che per quella marittima, è di carattere normativo ed il suo riconoscimento internazionale dipende da atti internazionali multilaterali o dalle consuetudini internazionali.

In particolare, per quanto riguarda la porzione di mare che è riconosciuto internazionalmente come territorio dello Stato frontaliero, deve farsi riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (Montego Bay, 1982), che è quella attualmente in vigore. La CNUDM stabilisce che ogni Stato è libero di stabilire l'ampiezza delle proprie "acque territoriali" fino ad una ampiezza massima di 12 miglia marine, misurate a partire dalla "linea di base" (art. 3). La "linea di base" corrisponde alla linea di bassa marea lungo la costa "come indicato dalle carte nautiche a grande scala ufficialmente riconosciute dallo Stato costiero" (art. 5); nel caso che la costa sia frastagliata o vi siano isole nelle sue immediate vicinanze, la Convenzione (art. 7) indica criteri specifici per tracciare la "linea di base"⁴⁹.

Il diritto internazionale del mare prevede anche la "zona archeologica" quale area marina, la cui ampiezza non può superare le 24 miglia marine (34 km) dalla "linea di base" dalla quale è misurata l'ampiezza delle acque

⁴⁸ Art. 1 della Convenzione dell'UNESCO del 2 novembre 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo.

⁴⁹ G.P. FRANCALANCI e F. SPANIO, *La Convenzione delle N.U. sul Diritto del Mare: aspetti tecnici*, Istituto Idrografico Marina Militare, Genova 1989.

territoriali, nella quale lo Stato costiero ha giurisdizione in materia di protezione del patrimonio culturale sottomarino (art. 303 della CNUDM)⁵⁰.

L'art. 303 della CNUDM dispone che gli Stati hanno il diritto e il dovere di proteggere gli oggetti di carattere archeologico o storico ritrovati in mare e possono disporre che la loro rimozione dal fondo nella zona di pertinenza sia una infrazione sanzionabile, fatti salvi il diritto dei proprietari identificabili del relitto di recuperarlo, nonché le altre regole del diritto marittimo e le convenzioni e accordi internazionali relativi alla protezione e al commercio di oggetti storici o archeologici⁵¹.

L'intenzione degli Stati firmatari è stata quella di non estendere i poteri dello Stato costiero oltre alla "zona contigua", in tale zona si riconosce il potere di quest'ultimo di autorizzare la rimozione degli oggetti in questione, che vengono in tal modo trattati come se si trovassero nelle acque territoriali o nel territorio dello Stato. Tale potere, inoltre, viene esercitato in via esclusiva, non compatibile con la coesistenza del potere simile di altri Stati sulla stessa area marina, come invece accade quando le ipotetiche zone costiere di due Stati si sovrappongono in parte in aree marittime particolarmente ristrette e non si siano definiti limiti tramite un preciso accordo tra di essi. Così nel caso in cui un reperto archeologico o storico venga volutamente o accidentalmente rinvenuto da una nave battente bandiera straniera questo non è acquisito dallo Stato di bandiera, e quindi non è applicabile all'oggetto rinvenuto la disciplina di quest'ultimo⁵².

La "zona archeologica" coincide fattualmente (oltre che giuridicamente) con la cosiddetta "zona contigua"⁵³.

⁵⁰ L'art. 303 della CNUDM dispone che: 1. Gli Stati hanno l'obbligo di proteggere gli oggetti di carattere archeologico o storico ritrovati in mare e cooperano a questo fine. 2. Per controllare il commercio di questi oggetti, lo Stato costiero può, facendo applicazione dell'art. 33 (istitutivo della zona contigua), considerare che la rimozione dal fondo del mare della zona prevista da questo articolo, senza la sua approvazione, sia causa di un'infrazione sul suo territorio o nel suo mare territoriale alle leggi e regolamenti previsti dallo stesso all'art. 3. Il presente articolo non pregiudica né i diritti dei proprietari identificabili, né il diritto di recuperare i relitti e le altre regole del diritto marittimo, né le leggi e le pratiche in materia di scambi culturali. 4. Il presente articolo è senza pregiudizio degli altri accordi internazionali e delle altre regole di diritto internazionale relativi alla protezione degli oggetti di carattere archeologico o storico.

⁵¹ T. TREVES, *La nona sessione*, in «Rivista di diritto internazionale», 1980, pp. 63 ss.; E. GENTILI, *La zona archeologica nel diritto internazionale marittimo*, Napoli, 2007, pp. 6 ss.

⁵² La formulazione letterale dell'articolo lascia aperto il problema della sussistenza del "diritto di inseguimento" in caso di violazione del divieto di rimozione, ammesso dalla CNUDM se la violazione è stata commessa da navi in acque territoriali ovvero nella zona contigua relativamente ai diritti relativi ad essa (art. 111 comma 1-2).

⁵³ La prassi internazionale sul punto del quesito se la "zona archeologica" sia qualcosa

La Convenzione non regola o articola in modo specifico la protezione del patrimonio culturale sommerso e, in particolare, i reperti archeologici e storici rinvenuti oltre il tratto di mare soggetto alla giurisdizione dello Stato rivierasco. Per sopperire a tale vuoto normativo, nel 2001 l'UNESCO ha elaborato una Convenzione *ad hoc* sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo in vigore dal 2009^{54 55}. Il primo principio della Convenzione è

di diverso dalla "zona contigua" non è univoca e comprende anche esempi di Stati che hanno istituito una autonoma zona archeologica. Che questa "zona" si chiami "zona contigua nella quale lo Stato costiero esercita diritti in materia di protezione del patrimonio culturale sottomarino" oppure, più semplicemente, "zona archeologica" non sembra avere molta importanza pratica, giacché il diritto di istituirla sussiste. D'altra parte risulta chiaramente che il diritto di uno Stato costiero di istituire una zona di ventiquattro miglia nella quale applicare le proprie leggi in materia di patrimonio culturale è ormai riconosciuto universalmente.

⁵⁴ Già da lungo tempo la protezione del patrimonio archeologico subacqueo figura tra gli obiettivi delle Nazioni Unite. Nel 1956 l'UNESCO emanò una raccomandazione (*London Convention*) che definiva i principi internazionali da applicare in materia di scavi archeologici, principi che si estendevano a tutto il territorio degli Stati membri, incluse le acque costiere. Negli anni Settanta e Ottanta anche il Consiglio d'Europa si adoperò per rafforzare la protezione del patrimonio culturale subacqueo. Il progetto di accordo europeo in materia presentato nel 1985 non ebbe però successo. Dopo decenni di lavori le Nazioni Unite adottarono la Convenzione del 10 dicembre 1982 sul diritto del mare. Due articoli (artt. 149 e 303) affrontano anche la questione della protezione del patrimonio culturale subacqueo, in modo però molto generico e poco incisivo. L'evidente assenza di una tutela efficace del patrimonio culturale subacqueo indusse in seguito l'International Law Association (ILA) ad abbozzare un accordo internazionale in materia. Parallelamente il Consiglio d'Europa intensificò i suoi sforzi nell'ambito dell'archeologia e adottò la Convenzione europea del 16 gennaio 1992 per la salvaguardia del patrimonio archeologico. Tale Convenzione influenzò a sua volta i lavori dell'ILA, che approvò il proprio progetto di Convenzione nel 1994 e lo trasmise all'UNESCO. Nello stesso periodo, un gruppo di lavoro del Consiglio internazionale dei monumenti e dei siti (ICOMOS) definì delle regole per il trattamento e la conservazione a regola d'arte del patrimonio archeologico subacqueo. Tali regole confluirono nella Carta internazionale sulla protezione e la gestione del patrimonio culturale subacqueo, approvata dall'Assemblea generale dell'ICOMOS nell'autunno del 1996. Nel 1997 l'Assemblea generale dell'UNESCO stabilì che la protezione del patrimonio culturale subacqueo doveva essere regolamentata a livello sovranazionale mediante un accordo; il direttore generale fu incaricato di preparare una bozza e di farla esaminare da un comitato di esperti. In seguito l'UNESCO elaborò un progetto basato su quello dell'ILA del 1994. Dopo approfondite discussioni e modifiche tra il 1998 e il 2001, il 2 novembre 2001 l'Assemblea generale dell'UNESCO adottò la Convenzione con 88 voti favorevoli, 4 contrari e 15 astensioni. La Convenzione è entrata in vigore nel 2009 con l'adesione del ventesimo Stato.

⁵⁵ La Convenzione è stata ratificata dalla Italia con Legge 10 novembre 2009, n. 157 (in G.U. n. 262 del 10 novembre 2009). Per quanto riguarda la situazione in Italia, già prima della entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione, il Codice dei beni

che il patrimonio culturale subacqueo deve essere protetto dal rischio di essere sfruttato commercialmente per scambi economici o speculazione.

Un secondo importante principio è la preferenza della protezione *in situ* (cioè l'attuale collocazione sul fondale) del patrimonio culturale subacqueo. Tale priorità sottolinea l'importanza del rispetto del contesto storico del bene archeologico e del suo significato scientifico, e riconosce il fatto che, in circostanze normali, questo patrimonio si conserva meglio sott'acqua, a causa del tasso basso di deterioramento e della mancanza di ossigeno, e non corre pericolo di deterioramento.

Il dettato della Convenzione rappresenta un compromesso importante tra protezione e bisogni operativi, dal momento che nessuna attività attinente al patrimonio culturale subacqueo è soggetta alla *law of salvage*⁵⁶ o alla *law of finds*⁵⁷, a meno che ciò non sia autorizzato dalle autorità competenti, e sia in piena conformità con i principi della medesima e assicuri che qualsiasi recupero del patrimonio culturale subacqueo venga realizzato in modo da ottenere la sua massima protezione.

La Convenzione rappresenta una *lex specialis*, contenente disposizioni specifiche per il patrimonio culturale subacqueo, ma in quanto tale non pregiudica in alcun modo i diritti, le giurisdizioni o gli obblighi degli Stati previsti dal diritto internazionale, inclusa la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982⁵⁸.

La Convenzione comprende un preambolo, 35 articoli e un allegato sotto forma di "Regole concernenti gli interventi sul patrimonio culturale subacqueo", che come stabilito dall'art. 33 della Convenzione sono parte integrante di quest'ultima.

culturali e del paesaggio, nell'art. 94, ha recepito le previsioni della Convenzione e del relativo allegato, in particolare, per quanto riguarda i beni archeologici e storici rinvenuti nella zona tra le 12 e le 24 miglia marine (Legge 8 febbraio 2006, n. 61 "Istituzione di zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale" in G.U. n. 52 del 3 marzo 2006). La ratifica della Convenzione UNESCO 2001 va ad affiancare il progetto *Archeomar – I risultati di Archeomar, censimento dei beni archeologici sommersi*.

⁵⁶ La *law of salvage* è un principio di diritto del mare che consente al soggetto che aiuta il proprietario a recuperare un proprio bene inabissatosi o in pericolo di inabissamento a ricevere un compenso commisurato al bene recuperato.

⁵⁷ La *law of finds* è un principio di diritto del mare che consente allo scopritore di acquisire la proprietà delle cose abbandonate in mare non attribuibili alla proprietà di alcuno.

⁵⁸ Art. 3 – Relationship between this Convention and the United Nations Convention on the Law of the Sea – *Nothing in this Convention shall prejudice the rights, jurisdiction and the duties of States under international law, including the United Nations Convention on the Law of the Sea. This Convention shall be interpreted and applied in the context of and in a manner consistent with international law, including the United Nations Convention.*

La Convenzione non è direttamente applicabile. Gli Stati contraenti devono provvedere affinché la propria legislazione ottemperi ai relativi obblighi.

Il patrimonio culturale subacqueo, oggetto della Convenzione, è definito in senso molto ampio includendo in linea di principio tutte le tracce di esistenza umana sommerse da almeno 100 anni (art. 1).

L'art. 2 stabilisce due principi fondamentali per la gestione di questo patrimonio: nei limiti del possibile, i beni devono essere conservati e protetti nel luogo in cui si trovano; il loro sfruttamento commerciale è vietato.

Gli artt. 7-12 stabiliscono le diverse competenze e le disposizioni operative per gli Stati contraenti per quanto riguarda le acque costiere e l'alto mare. Conformemente alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁵⁹, il fondo del mare, il fondo degli oceani e il relativo sottosuolo, al di là dei limiti della giurisdizione nazionale, è definito "Area".

L'art. 11 ha riguardo al patrimonio culturale subacqueo nell'"Area". È definita "Area" la zona di mare che non soggiace ad alcuna giurisdizione nazionale. Ne consegue che in questa zona nessuno Stato può imporre regole vincolanti per la protezione del patrimonio culturale subacqueo.

Gli Stati possono garantire solo indirettamente una tutela obbligando le persone sotto la propria giurisdizione, e in particolare il personale delle navi battenti la loro bandiera, a rispettare tale patrimonio e a segnalare eventuali scoperte di beni.

L'articolo impone agli Stati contraenti di emanare disposizioni al riguardo. Questi sono tenuti a notificare all'UNESCO le segnalazioni ricevute. Il direttore generale dell'UNESCO informa gli Stati contraenti e poi, d'intesa con gli Stati che hanno manifestato il proprio interesse, stabilisce le misure di protezione da adottare nonché eventuali interventi e designa uno Stato coordinatore (art. 12).

Negli artt. 14-21 sono elencati gli obblighi generali per gli Stati contraenti. Gli Stati sono tenuti a impedire l'ingresso sul loro territorio e il commercio di elementi del patrimonio culturale subacqueo illecitamente acquisiti nonché la distruzione o il danneggiamento di tale patrimonio da parte dei propri cittadini o di navi battenti la loro bandiera. Inoltre, devono imporre sanzioni per qualsiasi violazione delle misure adottate al fine di attuare la Convenzione e prevedere la possibilità del sequestro dei beni culturali acquisiti in modo illecito. Tra gli ulteriori obblighi degli Stati contraenti figurano la condivisione delle informazioni, l'adozione di misure per sensibilizzare il pubblico e la promozione della formazione in materia di

⁵⁹ Convenzione ONU sul diritto del mare del 10 dicembre 1982.

archeologia subacquea. L'art. 14 tratta dell'ingresso, del commercio e del possesso illegali di elementi del patrimonio culturale subacqueo.

Gli artt. 15 e 16 impongono misure preventive contro interventi sul patrimonio culturale subacqueo non conformi ai principi della Convenzione. Si tratta in particolare di distruzione, pregiudizio, danneggiamento, rapina e saccheggio.

L'art. 17 prevede l'imposizione di sanzioni in caso di violazione delle misure previste agli artt. 14-16.

L'art. 18 prevede provvedimenti per il sequestro di elementi del patrimonio culturale subacqueo recuperati in modo non conforme alle disposizioni della Convenzione e richiede la collaborazione degli Stati membri nella protezione e gestione del patrimonio culturale subacqueo.

La Convenzione costituisce uno strumento efficace per impedire il saccheggio e lo sfruttamento del patrimonio culturale subacqueo, fenomeni in forte crescita a livello mondiale, e garantirne la salvaguardia. Essa colma una lacuna per quanto concerne gli strumenti a disposizione dell'UNESCO per tutelare il patrimonio culturale e si è affermata come importante punto di riferimento per il diritto internazionale in materia di archeologia subacquea. Benché sia applicabile a tutte le acque, la Convenzione rivolge un'attenzione particolare alla protezione del patrimonio culturale nei mari. La Convenzione concretizza la protezione del patrimonio culturale rinvenuto nei mari, esplicitamente prevista dalla Convenzione sul diritto del mare, e ne disciplina l'attuazione.

Per la prima volta, per le zone di alto mare vengono così stabilite regole specifiche e vincolanti di diritto internazionale relative al patrimonio culturale subacqueo, che consentono di intervenire concretamente in caso di minaccia.

L'orientamento delle disposizioni è sostanzialmente lo stesso della Convenzione dell'UNESCO del 14 novembre 1970 concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali.

3. *Diritto italiano*

Il "fondo del mare" dove era insabbiata la statua assume rilievo ai fini della qualificazione della medesima come bene archeologico appartenente al patrimonio culturale italiano a titolo originario.

Il R.D. 30 marzo 1942, n. 327 – Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione – all'art. 2 disponeva originariamente⁶⁰ che il

⁶⁰ Mare territoriale – 1. Sono soggette alla sovranità dello Stato i golfi, i seni e le baie, le cui

mare territoriale avesse una estensione di sei miglia marine lungo le coste continentali, dal 1958 prevedeva una “fascia contigua”⁶¹ di altrettante sei miglia marine e dal 1974 ha fissato il limite territoriale in ventiquattro miglia marine.

Il ripescaggio della statua è avvenuto sotto il vigore della legge del 1958, che prevedeva la estensione del mare territoriale in sei miglia e una fascia contigua di altrettante sei miglia marine.

Ratione temporis non possono trovare applicazione la CNUM del 1982, nè tantomeno la Convenzione UNESCO del 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo, ma la previsione codicistica consente di sostenere che le cose di interesse archeologico o storico che sono rinvenute ed estratte dal mare entro le dodici miglia marine dalla costa ricadono sotto la giurisdizione italiana e alla rimozione è applicabile la disciplina del rinvenimento delle cose di interesse archeologico dal territorio nazionale⁶².

Il GIP presso il Tribunale di Pesaro nella ordinanza 8 giugno 2018 (N. SIGE 35/2017) ha deciso «Nel caso concreto il luogo del ritrovamento è da collocarsi in acque territoriali italiane»⁶³ sulla base delle dichiarazioni

coste fanno parte del territorio del regno, quando la distanza tra i punti estremi dell'apertura del golfo, del seno e della baia non supera le 20 miglia marine. Se tale distanza è superiore a 20 miglia marine, è soggetta alla sovranità dello Stato la porzione del golfo, del seno e della baia compresa entro la linea retta tirata tra i due punti più forame distanti tra loro 20 miglia marine. 2. È soggetta altresì alla sovranità dello Stato la zona di mare dell'estensione di sei miglia marine lungo le coste continentali ed insulari del regno e lungo le linee rette congiungimenti i punti estremi indicati nel comma precedente. Tale estensione si misura dalla linea costiera segnata dalla bassa marea. 3. Sono salve le diverse disposizioni che siano stabilite per determinati effetti da leggi o regolamenti ovvero da convenzioni internazionali.

⁶¹ La “fascia contigua” o anche “zona contigua” è uno spazio di mare che si estende per un limite massimo di dodici miglia marittime dalla linea di base della costa, quindi per dodici miglia marine oltre il limite delle acque territoriali. L'art. 33 della Convenzione di Montego Bay prevede che nella “zona contigua” lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di prevenire la violazione delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale. A differenza delle acque territoriali, quindi, la “zona contigua” non fornisce diritti sovrani allo Stato costiero, ma solo diritti di controllo sulle navi in transito, tesi a prevenire o reprimere infrazioni alle sue leggi doganali, fiscali, sanitarie o di immigrazione.

⁶² In Italia la “zona archeologica” coincide con la “zona contigua” e pertanto può essere dichiarata solo dopo che è stata identificata e proclamata quest'ultima. La violazione del divieto di rimozione di reperti archeologici dalla “zona archeologica” (o dalla coincidente “zona contigua”) configura una ipotesi di “furto” e l'asporto all'estero del rinvenuto in mare il reato di esportazione illecita, prevista dall'art. 174 CBC.

⁶³ Quindi, è bene archeologico appartenente al patrimonio culturale nazionale secondo il Capo V – Disciplina dei ritrovamenti e delle scoperte della Legge 1 giugno 1939 n. 1089 – Tutela delle cose di interesse artistico e storico.

rese nel dicembre 1977 da Romeo Pirani e Guido Ferri⁶⁴ ai Carabinieri (poche miglia dalla costa in zona di utilizzo delle reti per la pesca a strascico che notoriamente non avviene in fondali profondi). In precedenza – 26.11.1977 – Renato Merli, che aveva raccolto le confidenze dei ritrovatori, aveva sostenuto la medesima circostanza. Nel 2007 altri componenti dell'equipaggio (Rosato Athos, mozzo) riferiscono circostanze diverse del luogo del ritrovamento, ma va detto che quelle appena indicate sono maggiormente attendibili se non altro perché rese circa 13 anni dopo il ritrovamento. Il capitano Pirani, nel renderle, peraltro si accusava di furto di reperto archeologico e ciò accresce la sua credibilità».

È mancata una localizzazione incontrovertibile del punto mare nel quale la statua si è imbrigliata nelle reti del motopeschereccio fanese, che è stata determinata quindi in via presuntiva.

Quale argomentazione ulteriore per la attribuzione della statua al patrimonio culturale italiano, il GIP di Pesaro motiva: «Poiché la statua fu sbarcata in Italia e da lì trasferita clandestinamente ai vari acquirenti, si deve presumere che il bene era entrato a far parte del patrimonio dello Stato (*ratione temporis* in forza dell'art. 49 della Legge 1089 del 1939⁶⁵ – trasfuso senza modifiche nell'art. 91 del Codice Urbani) con conseguente necessità per il privato che intenda far valere il contrario di darne adeguata prova (principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 10303 del 2017)».

Obblighi del capitano e dei proprietari della motopesca a seguito del ritrovamento in mare della statua

Il luogo di ritrovamento del relitto è rilevante ai fini della attribuzione della proprietà. Sul punto ci si deve attenere, come correttamente ha fatto il GIP del Tribunale di Pesaro, in assenza di documentazione coeva al ritrovamento della statua in mare, alle dichiarazioni dei pescatori che hanno effettuato il ripescaggio.

⁶⁴ Cfr. p. 24, nota 12.

⁶⁵ “1. Le cose scoperte fortuitamente appartengono allo Stato. 2. Allo scopritore è corrisposta dal Ministro, in denaro o mediante rilascio di una parte delle cose scoperte, un premio che in ogni caso non può superare il quarto del valore delle cose stesse. 3. Eguale premio spetta al proprietario della cosa in cui avvenne la scoperta. 4. In caso di non accettazione del premio fissato dal Ministro, si applicano le disposizioni del terzo comma dell'art. 44. 5. Quando solo lo scopritore non accetti il premio fissato dal Ministero, il secondo membro della Commissione è nominato dallo scopritore, il quale deve anticipare le spese di giudizio innanzi alla Commissione stessa”.

La statua dello *Atleta vittorioso* quando fu tratta dal mare era ricoperta da uno spesso strato di sedimenti e incrostazioni che non occultavano la sua qualità tipologica. Non è revocabile in dubbio che la statua fosse qualificabile come “cosa che presenta interesse artistico, storico, archeologico” (art. 1 della Legge 1 agosto 1939, n. 1089) perché l’epoca della realizzazione, il suo autore, le intrinseche caratteristiche, le conferiscono quei canoni che appartengono (già *in nuce* nelle Leggi Nasi n. 185 del 1902 e Rosadi n. 364 d.l. 1909) nei requisiti “estetici” che per la Legge del 1939 n. 1089 sono presupposti per integrare il concetto di “cosa d’arte” tutelata e messa *extra commercium*.

Va sottolineato che la “culturalità” non è requisito che deriva dall’esito di un *iter amministrativo* di verifica perché invece attiene alle caratteristiche intrinseche del bene (lo ha chiarito la Corte di Cassazione con la sentenza n. 2995 del 2006) che lo connotano in termini di oggetto che offre una testimonianza materiale con valore di civiltà di un determinato periodo storico e di un dato contesto geografico (Convenzione dell’Aja del 14 maggio 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato; Convenzione culturale europea del 19 dicembre 1954).

Romeo Pirani e Guido Ferri, rispettivamente comandante e proprietario del motopeschereccio fanese, nel 1977 dichiararono ai Carabinieri che la statua era rimasta imbrigliata nelle reti poche miglia dalla costa in zona di utilizzo delle reti per la pesca a strascico che notoriamente non avviene in fondali profondi. Renato Merli, che aveva raccolto le confidenze dei ritrovatori aveva sostenuto la medesima circostanza.

Athos Rosato, mozzo del motopeschereccio, ha dichiarato nel 2007 che la statua è stata ritrovata «circa 43 miglia marine a levante del monte Conero e a circa 27 miglia dalla costa croata, in un punto di mare chiamato “Scogli di Pedaso” (coordinate 43° 23’ N 14°33’26’ E). In quel tratto, la profondità del mare era circa di 43-44 braccia , cioè circa 75 metri di profondità. Le coordinate indicate da Rosato Athos, mozzo del motopeschereccio⁶⁶, rese nel 2007 (allorchè il Comando TPC stava svolgendo

⁶⁶ Il Rosato ha dichiarato in una intervista a Romano Taieni, pubblicata dal «Resto del Carlino», Fano del 23.10.2017, «Avevo 15 anni, e facevo il mozzo. A casa non c’era da mangiare. Andavo per mare con la “Ferruccio Ferri”. Quando abbiamo issato la statua a bordo, sono stato io a toccarla per primo. Ho pensato ad un morto. L’abbiamo messa a poppa. Pesava settanta-ottanta chili, era tutta coperta di ostriche e fanghiglia. Le mancavano i piedi, ma il fondo delle gambe luccicava perché si erano appena staccate dal basamento». «Eravamo tutti ignoranti, non pensavamo niente se non che si poteva vendere a qualcuno e ricavarci dei soldi. Come si faceva con le anfore che pescavamo. L’equipaggio si divideva la vendita, prendendo otto parti. Solo due andavano all’armatore. Col pescato

ulteriori indagini nell'ambito del procedimento penale a carico, tra gli altri, della direttrice delle antichità del J.P. Getty Museum – subentrata a Jri Frel licenziato per essersi reso colpevole di connivenza con i mercanti di reperti archeologici di provenienza da scavi clandestini in territorio italiano –) che consentirebbero di ritenere che la statua raffigurante *L'Atleta vittorioso* al momento del ripescaggio si trovasse fuori della zona di mare territoriale italiano, appaiono sospette non solo per la carenza di qualificazione professionale specifica del dichiarante, ma anche per la contestuale pendenza del procedimento penale innanzi al Tribunale penale di Roma nei confronti della stessa direttrice delle antichità del J.P. Getty Museum.

Elemento da non trascurare è anche l'interessamento alla vicenda del ritrovamento del legale della società che ha venduto la statua al J.P. Getty Trust, il quale in un articolo pubblicato sul sito *La Lampadina* del 30 giugno 2013 ha scritto che già nel maggio del 1971 per incarico della casa d'aste Christie's aveva avuto l'incarico di iniziare una *due diligence* sul ritrovamento.

L'interessamento della casa d'aste Christie's⁶⁷ per l'acquisto della statua non è stato oggetto di approfondimenti investigativi, ma tenuto conto di quanto dichiarato ai Carabinieri da Gaggioli Giselda, domestica del sacerdote Giovanni Nagni, in merito alla visita di possibili acquirenti⁶⁸ e a quanto affermato dal Carrit della Artemis circa l'acquisto della statua da H. Herzer, gallerista di Monaco di Baviera, forse dall'interrogatorio del rappresentante in Italia della Casa d'Aste (che non si è resa possibile per il suo decesso antecedente al momento nel quale si è aperta tale filone investigativo) si sarebbe potuta avere qualche informazione utile per la ricostruzione delle modalità e sui responsabili della esportazione illecita.

La dichiarazione, inoltre, è contraddetta dal tipo di pesca (a strascico) praticato dalla motopesca alla quale appartenevano le reti nelle quali si è impigliata la statua.

In base alle coordinate indicate dal Rosato la statua sarebbe stata ripescata fuori del mare territoriale, ma anche in tal caso non si potrebbe sostenere che sia stata acquisita in proprietà dei ritrovatori, in quanto il relitto

invece si divideva a metà. Il Lisippo l'abbiamo anche scheggiato sopra l'ombelico con un pezzo di ferro. Volevamo togliere le alghe. C'è ancora adesso il segno. Quando sono andato a Malibù a vederla, ho riconosciuto la raschiatura».

⁶⁷ Cfr. articolo di V. Grimaldi, che ha assistito come legale di fiducia Establisement DC - H.Herzer nelle trattative con il J.P. Getty Museum per la vendita della statua, sul sito *La Lampadina* del 30 giugno 2013.

⁶⁸ «... In più riprese e sempre in ore pomeridiane sono venuti con i predetti (i Barbetti) molta altra gente, le quali venivano a bordo di auto grosse...».

presentava oggettivamente i caratteri di “cosa di interesse archeologico” e quindi, doveva essere devoluta allo Stato (art. 511, comma 2, c. nav.).

Nel 1992 Celesti Elio consegnò al dr. Gaetano Savoldelli Petrocchi, sostituto procuratore della Procura della Repubblica di Pesaro, una “concrezione marina” che «gli era stata regalata nel 1972 dal Sig. Felici Dario⁶⁹ abitante a Fano, senza che questi gli avesse parlato della provenienza della stessa».

La concrezione venne sottoposta in visione a Corrado Piccinetti, esperto di biologia marina, che ha dichiarato ai CC. TPA che in essa sono presenti i resti di numerosi organismi marini, in particolare bivalvi (tipo ostriche), quelli di serpulidi celenterati e che detti organismi vivono a profondità superiori ai 60 metri e che per fornire maggiori informazioni sulla ubicazione e sulla profondità di positura del reperto sarebbe stato necessario un esame microscopico che egli stesso poteva eseguire⁷⁰.

La profondità non è traducibile in distanza dalla costa e l'ipotesi ha natura di congettura corrispondente alle varie fasce in cui la profondità si lascia suddividere, quindi non sarebbe stata idonea a individuare il punto mare di ritrovamento della statua.

Oltre le acque territoriali, il cui regime viene equiparato a quello del territorio costiero, si estendono le “acque internazionali”, non soggette alla sovranità di alcuno Stato e, quindi, il ripescaggio di un relitto da parte delle reti di una motobarca, della quale costituiscono pertinenze, battente bandiera italiana è considerato avvenuto, ai sensi dell'art. 4 c. nav., in territorio italiano.

⁶⁹ Felice Dario, interrogato dai CC TPA sulla provenienza della “concrezione” dichiarò: « - di riconoscere la concrezione marina mostrategli per quella da lui regalata circa 12/14 anni addietro al geometra Celesti Elio; - che la suddetta concrezione marina apparteneva alla famosa statua attribuita al “Lisippo” e rinvenuta dai noti pescatori fanesi nel mare Adriatico; - precisava che nel 1964, dopo il rinvenimento della statua, aveva ricevuto una visita del suo amico Ferri Guido, il quale gli aveva riferito del rinvenimento in mare di una grossa statua e siccome a Fano già se ne parlava, gli chiese se era disposto a nascondere la stessa nel suo orto; - aveva aderito a tale richiesta e infatti successivamente, con la sua autovettura Fiat 600 multipla, si era recato presso l'abitazione del Ferri, dove, caricata la statua, la trasportò presso la sua abitazione occultandola subito dopo nell'orto antistante; - che dopo oltre un mese il Ferri gli aveva detto di dissotterrare la scultura perché la stessa era stata venduta; - che mentre eseguiva le operazioni di dissotterramento, con la vanga colpiva la statua all'altezza di uno stinco da dove si distaccava la “concrezione marina” che egli riconosceva per quella mostrategli dai militari verbalizzanti; - che aveva tenuto presso la sua abitazione detta concrezione per moltissimi anni e che, in occasione del rifacimento della sua casa, l'aveva donata al geometra celesti suddetto». Dal Rapporto del Reparto CC. TPA del 9 luglio 1992 Nr. 4455/121 “P” alla Procura della Repubblica di Pesaro.

⁷⁰ Nota del Reparto Carabinieri Tutela Patrimonio Artistico del 9 luglio 1992 nr. 4455/121 “P”.

Invero, è incontroverso che la rete del motopesca fanese si è impigliata nelle braccia della statua che è stata sollevata dal fondo del mare, probabilmente i piedi incastrati o insabbiati si sono staccati per lo strattone ricevuto, e issata a bordo del motopesca battente bandiere italiana. La statua, seppure coperta da incrostazioni, denunciava oggettivamente la sua qualità di “cosa di interesse artistico, storico e archeologico”⁷¹ e a seguito della trazione a bordo della rete entrò nel territorio italiano (art. 4 c. nav.⁷²) e, quindi, divenne soggetta alla legislazione marittima sui ritrovamenti di relitti di mare (artt. 510-513 c. nav.).

Il ritrovamento è avvenuto fortuitamente: la circostanza assume rilievo ai fini dei diritti e degli obblighi che fanno carico al ritrovatore (art. 510 c. nav.). Questi doveva provvedere entro tre giorni dall'approdo della nave a farne denuncia alla autorità marittima più vicina e a consegnare il rinvenuto al proprietario, se conosciuto, o se questo era di valore superiore a quello determinato dal legislatore alla predetta autorità marittima. Nel caso, non era identificabile il proprietario del relitto, per il che doveva trovare applicazione l'art. 511 c. nav. che dispone: «Tuttavia gli oggetti di interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, nonché le armi, le munizioni e gli apparecchi militari, quando il proprietario non curi di ritirarli, ovvero non si presenti nei termini indicati nel terzo comma del predetto articolo (art. 508 c. nav.) sono devoluti allo Stato, salvo in ogni caso il diritto del ritrovatore all'indennità ed al compenso stabiliti dall'articolo precedente».

La mancata consegna della “cosa” di oggettivo interesse culturale ha determinato il suo illecito impossessamento, da qualificare come furto ai sensi dell'art. 642 c. p. (art. 67 Legge n. 1089 del 1939).

Se, di contro, il capitano del motopesca (o il proprietario) non avesse ritenuto che fosse una “cosa” di interesse culturale e, quindi, un relitto marino di interesse commerciale, avrebbe dovuto presentarlo alla dogana. In difetto, si sarebbe consumato il reato di contrabbando che avrebbe comportato la confisca del relitto marino (art. 116 della Legge n. 1424 del 1940).

La statua, in ogni caso, cioè sia che al momento del ripescaggio si trovasse sul fondo del mare territoriale o in acque internazionali (dalle quali fu tratta dalle reti del motopesca fanese sul quale fu issata a bordo) era soggetta alla Legge n. 1089 del 1939 (le cui disposizioni, per quanto nel caso di

⁷¹ Il capitano del motopeschereccio fu colpito dal braccio alzato e dalle dimensioni ragguardevoli del reperto e si oppose al suo rigetto in mare dopo averlo estratto dalle reti da pesca.

⁷² Art. 4. – Navi e aeromobili italiani in località non soggette alla sovranità di uno Stato. *Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano.*

interesse, sono state riprodotte dal D.lg.vo del 22 gennaio 2004 n. 42) sia sotto il profilo della circolazione interna sia di quella relativa alla uscita dal territorio nazionale.

L'acquisto della statua al patrimonio culturale italiano in conseguenza della sua introduzione nel territorio italiano senza denuncia alle competenti autorità e al suo occultamento è incontrovertibile sia in base alla legislazione italiana di settore, sia dalla prassi marittima internazionale.

L'indebita appropriazione non ha avuto come effetto di fare perdere al relitto la sua qualità di "cosa che presenta interesse artistico, storico o archeologico" e di sottrarlo alla disciplina di tutela delle cose di interesse archeologico artistico o storico⁷³.

Deve escludersi che l'acquisto della proprietà, trattandosi di "cosa mobile", sia conseguente alla sua materiale apprensione (art. 923 c. civ.), né tantomeno che il diritto di proprietà sia avvenuto per usucapione (art. 1161 c. civ.) in quanto la mancata denuncia del suo ritrovamento esclude il possesso di buona fede del suo detentore⁷⁴.

4.4. *L'inversione dell'onere della prova del lecito possesso della "res" archeologica*

Se per mera ipotesi argomentativa si dovesse ritenere che l'armatore della nave fosse il proprietario della statua al momento della esportazione illecita e, quindi, che non vi sia stata la sua cessione ai Barbetti, responsabili della esportazione illecita, il J.P. Getty Trust per essere ritenuto terzo estraneo al reato di esportazione sarebbe stato tenuto a provare che la società sua dante causa aveva acquistato la statua dall'armatore.

L'ordinamento giuridico italiano attribuisce allo Stato la proprietà dei reperti archeologici e quindi è il privato a dover fornire la prova del suo lecito possesso visto che la sua istanza si rivolge contro la presunzione della loro appartenenza allo Stato.

⁷³ Art. 49 della Legge n. 1089 del 1939 dispone che "le cose scoperte fortuitamente appartengono allo Stato" e quindi la mancata consegna del relitto alla Autorità doganale ha configurato il reato di furto di bene culturale.

⁷⁴ La mancata denuncia del rinvenimento impedisce, a non tenere conto della natura del relitto che è di ostacolo alla acquisizione, lo acquisto per il decorso del termine di un anno dal giorno di pubblicazione dell'annuncio del ritrovamento senza che si presenti il proprietario (art. 929 c. civ.).

È principio generale di diritto civile che chiunque eccepisce deve fornire prova della sua domanda. Inoltre, trattandosi di bene appartenente al patrimonio pubblico indisponibile il possesso del reperto non può determinare l'acquisto della proprietà a titolo di usucapione.

Ed una cosa è sostenere che i beni potrebbero, e per giunta in via ipotetica, essere giustificati per i profili penali; ed altro è provare che di tali reperti si è proprietari con titolo legittimo secondo il diritto civile.

Né si possono pregiudicare gli interessi della parte pubblica con restituzione *inaudita altera pars* e senza il debito contraddittorio.

Al riguardo è sufficiente richiamare la costante giurisprudenza formatasi in passato e di recente convalidata dalla decisione della Cassazione, sezione III, 12 gennaio 2007 n. 458: «Questa Corte ha ritenuto (tra le altre con sentenza 2.10. 1995 n. 10.335) che nell'azione di rivendica di beni archeologici promossa dall'amministrazione statale, il ritrovamento o la scoperta dei beni stessi in data anteriore all'entrata in vigore della Legge n. 364 del 1909 non è fatto costitutivo negativo del diritto azionato, ma fatto impeditivo che deve essere provato da chi l'eccepisce; dal complesso delle disposizioni, contenute nel Codice Civile e nella legislazione speciale, regolanti i ritrovamenti e le scoperte archeologiche ed il relativo regime di appartenenza, si ricava il principio generale della proprietà statale delle cose d'interesse archeologico e della eccezionalità delle ipotesi di dominio privato sugli stessi oggetti, onde, qualora l'amministrazione intenda rientrare in possesso dei beni detenuti da soggetti privati, incombe al possessore l'onere della prova e della dedotta scoperta e appropriazione anteriormente all'entrata in vigore della Legge n. 364 del 1909, a partire dalla quale le cose ritrovate nel sottosuolo appartengono allo Stato. La disciplina delle cose d'interesse archeologico non crea, come dedotto dal ricorrente, un'ingiustificata posizione di privilegio probatorio: lo Stato, nell'azione di rivendica dei beni archeologici può avvalersi di una presunzione di proprietà statale. La presunzione può essere determinata, oltre che da un *id quod plerumque accidit* di fatto (nella specie, peraltro, furono rinvenuti sugli oggetti tracce di terra, segno della provenienza da scavi), anche da una normalità normativa (tra le altre si veda la sentenza 28.6.1984 n. 3796). Conseguentemente, opponendosi una circostanza eccezionale, idonea a vincere la presunzione, deve darsene la prova» (conformemente: Cass. 26.2.1985 n. 1672; 22.1.1992 n. 709; 13.8.1992 n. 11149; 18.4.1995 n. 4337).

La statua raffigurante *L'Atleta vittorioso* non è mai stata inventariata e/o catalogata (come avviene negli scavi autorizzati, a mente dell'art. 104 del R.D. 363/1913) e questo è indizio di illecito possesso. Inoltre, in quanto

“cosa” di considerevole valore culturale ed economico la stessa circostanza che non sia mai stata studiata e pubblicata nei consueti ambiti scientifici appare essere ulteriore elemento che depone per l’illecito acquisto.

In altri termini, la globalizzazione dell’informazione e l’interesse ormai mondiale, talora anche diffuso negli ambiti non propriamente scientifici, conduce a ritenere che ogni acquisizione e/o scoperta di un certo rilievo, se legittima, venga doverosamente pubblicata e ancor prima corredata con gli opportuni studi comparativi. In mancanza di tali informazioni e scientifici accertamenti, diviene conferente ritenere che i reperti archeologici di cui si contesti l’ illecito possesso siano con tutta probabilità di illecita acquisizione.

Va anche sottolineato che i fatti in contestazione nella loro materialità sono gravi, specie se si considera il continuo danno che riceve il patrimonio culturale ed economico dello Stato italiano degli scavi e dalle ricerche in mare non autorizzati, la cui attività illecita si rivolge come ovvio verso fonti non rinnovabili, danneggiandole irrimediabilmente e sottraendo intere pagine al libro della conoscenza di talune civiltà.

Capitolo 5

La disciplina giuridica della circolazione interna dei beni culturali

5.1. *La disciplina generale*

La statua, in quanto reperto archeologico oltre che cosa che presenta “interesse artistico” (per il fatto della sua attribuibilità a Lisippo o alla sua scuola) e “storico” (in quanto testimonianza di un naufragio) sia che sia stata rinvenuta fortuitamente nelle acque territoriali italiane (art. 49)⁷⁵, sia che sia stata “devoluta” allo Stato, in quanto rinvenuta fortuitamente in acque internazionali per l’omissione della denuncia alla dogana (art. 510 c. nav.) e alla Soprintendenza Archeologica competenti territorialmente dopo lo sbarco nel porto di Fano, ha la qualità di bene archeologico appartenente al patrimonio indisponibile dello Stato.

L’art. 828, comma 1, c. civ. dispone che i beni che costituiscono il patrimonio dello Stato sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del codice. Tali beni, secondo il regime civilistico “non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalla legge che li riguardano” (art. 828, comma 2, c. civ.).

Il regime dei beni che appartengono al patrimonio indisponibile è diverso da quello dei beni demaniali (che non possono essere sottratti alla loro funzione pubblica), infatti è prescritto soltanto che non “possono essere sottratti” alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano. Possono, perciò, essere alienati purché ciò non comprometta la loro destinazione (la cessione potrebbe riguardare altro ente pubblico o un privato al quale l’ente alienante conceda l’esercizio del pubblico servizio a cui è destinato il bene ceduto). L’utilizzazione dei beni che

⁷⁵ L’art. 49 della Legge n. 1089 del 1939 dispone che «le cose scoperte fortuitamente appartengono allo Stato».

costituiscono il patrimonio indisponibile può essere consentita ai privati con una concessione.

Le cose di interesse archeologico presentano una singolarità che le differenzia dalle altre cose di interesse culturale appartenenti allo Stato: queste ultime sono annoverate nel patrimonio indisponibile dello Stato in ragione della sola titolarità statale del diritto di proprietà, le cose di interesse archeologico unicamente per il loro valore testimoniale storico.

Per alcune categorie di beni indisponibili, peraltro, l'inalienabilità è prevista da norme specifiche ("le regole proprie che li concernano").

Per le cose di interesse storico, archeologico ed artistico appartenenti allo Stato l'inalienabilità è stata stabilita con la Legge 12 giugno 1902 n. 185 e riconfermata con l'art. 23 della Legge n. 1089 del 1939⁷⁶.

Il regime speciale dettato per i beni archeologici di appartenenza pubblica non si applica ai beni archeologici assegnati allo scopritore e/o al proprietario del fondo in caso di rinvenimento occasionale (art. 49 – Legge n. 1089 del 1939) che pure mantengono la qualità della culturalità.

La qualità rileva, in particolare, relativamente alle disposizioni che disciplinano la uscita definitiva del bene dal territorio nazionale, mentre è irrilevante per la sua circolazione interna interamente soggetta alle norme codicistiche.

L'art. 24 della Legge n. 1089 del 1939, vigente nel momento del rinvenimento in mare della statua, prevedeva che «Il Ministero per l'educazione, sentito il Consiglio nazionale dell'educazione, delle scienze e delle arti può autorizzare l'alienazione di cose di antichità e d'arte, di proprietà dello Stato o di altri enti o istituti pubblici, purchè non ne derivi danno alla loro conservazione e non ne sia menomato il pubblico godimento»⁷⁷.

La statua raffigurante *L'Atleta vittorioso* è un bene di rilevante interesse culturale e storico "unico" e quindi il Ministero non ne avrebbe potuto autorizzare la alienazione ai sensi dell'art. 24 l. cit. per carenza dei presupposti richiesti per l'autorizzazione (relativi alla conservazione e alla fruizione), nè avrebbe potuto consentirne lo sfruttamento commerciale.

Le cose di interesse archeologico in proprietà dello Stato (quelle in proprietà di privati sono la eccezione) non essendo passibili di trasferimento,

⁷⁶ Ora art. 53 del D.lg.vo n. 42 del 2004l.

⁷⁷ La Legge 16 giugno 1998 n. 191 con l'abrogare, all'art. 12, commi 1 e 4 della Legge n. 127 del 1997, ha ribadito la natura demaniale dei beni appartenenti allo Stato, o ad altri enti pubblici e, indirettamente, l'inalienabilità assoluta delle cose di interesse storico-artistico ai sensi degli articoli 822, 823 e 824 c. civ.

e quindi *extra commercium*, non possono neppure essere acquistate per usucapione.

Per completezza di trattazione, si osserva che se si ritenesse inapplicabile nel caso del ripescaggio della statua in acque internazionali l'art. 510 c. nav., in quanto applicabile la *law of finds*, e il ricovero del relitto a bordo della motopesca italiana valesse unicamente come ingresso nel territorio italiano di un bene archeologico di proprietà privata, si dovrebbe concludere che i ritrovatori avrebbero dovuto fare accertare la titolarità del diritto di proprietà sul bene archeologico dalla Soprintendenza Archeologica territorialmente competente nel luogo di sbarco⁷⁸ e corrispondere i diritti doganali.

In questo caso la statua avrebbe potuto essere qualificata bene culturale di proprietà privata soggetta alle norme generali di tutela previste dalla Legge n. 1089 del 1939.

La statua, se non vincolata (art. 3 l. cit.), sarebbe stata soggetta alle norme codicistiche generali in materia delle cose *in commercium*.

In caso di sottoposizione a vincolo, l'alienazione sarebbe stata soggetta alle disposizioni della Sezione Seconda della Legge n. 1089 del 1939 e, quindi, alla prelazione culturale a favore dello Stato (artt. 31-33 l. cit.).

5.2. *La circolazione della statua dopo la sua introduzione nel porto di Fano*

Il proprietario della motopesca nelle cui reti la statua si è impigliata e tratta a bordo non ha provveduto dopo lo sbarco a segnalare il ritrovamento alla dogana (evadendo i diritti di confine e impedendone l'attribuzione allo Stato) o a chiedere la temporanea importazione alla competente Soprintendenza Archeologica e, quindi, non ne può essere ritenuto proprietario.

Anzi, questi se ne è impadronito occultandola, rendendosi in tal modo colpevole del delitto di "impossessamento" sanzionato con le pene previste per il furto (art. 67 l. cit.).

Il contratto di vendita della statua è quindi nullo (art. 1418 c. civ.) principalmente per inidoneità dell'oggetto (art. 1346 c. civ.) e, quindi, per carenza di legittimazione attiva del venditore.

⁷⁸ La Soprintendenza, ove avesse riconosciuto la proprietà del ritrovatore, avrebbe rilasciato un certificato di importazione temporanea, valido per cinque anni dal rilascio (rinnovabile), che avrebbe consentito di mantenere il "relitto" di interesse archeologico "allo stato estero" consentendo la sua esportabilità senza formalità (art. 42 della l. cit.).

L'acquirente, dato il vincolo di inalienabilità della statua, non ha potuto acquisire il titolo di proprietà della medesima, anzi, essendo a conoscenza della provenienza della statua da impossessamento illegittimo, deve parimenti ritenersi colpevole del reato di impossessamento di cosa di rilevante interesse archeologico (art. 67 l. cit.)⁷⁹ e, quindi, ai fini dell'art. 1153 c. civ. in malafede.

Tanto assume una duplice rilevanza. In primo luogo, se la statua fosse stata venduta dal primo acquirente nel territorio italiano e da questi esportata, il contratto non ne avrebbe trasferito la proprietà (*nemo in alium transferre potest quam ipse habet*) anche perché, pur trattandosi di un bene mobile, la sua condizione (la presenza di incrostazioni marine su tutto il corpo) denunciava la sua qualità di bene archeologico di provenienza da recente ritrovamento. L'acquirente, quindi, non poteva essere considerato "terzo", ai fini dell'art. 174 CBC, in caso di esportazione non autorizzata da parte del suo dante causa.

In secondo luogo, se il primo compratore avesse venduto la statua dopo la esportazione senza autorizzazione – disciplinata negli anni Sessanta del secolo scorso dall'art. 36 - Legge n. 1089 del 1939 ed oggi dall'art. 68 del CBC – la vendita, secondo il diritto italiano sarebbe nulla in quanto relativa a bene archeologico di proprietà dello Stato e l'acquisto del terzo acquirente sarebbe stato soggetto al diritto dello Stato nel quale era stata stipulata la vendita o, in caso di trasferimento in altro Stato dopo l'acquisto, in quello di "insistenza" al momento del processo per il reato di "esportazione illecita".

Le norme interne dello Stato di importazione relative all'acquisto del titolo di proprietà di un bene di provenienza illecita devono, peraltro, essere valutate in base ai principi e alle norme delle Convenzioni internazionali o, se l'esportazione è avvenuta verso uno Stato membro dell'Unione Europea, di quelle europee in materia di uscita definitiva del bene dal territorio di appartenenza.

⁷⁹ Il detentore di cose d'antichità, per averle ricevute in base ad atto giuridicamente inesistente da altri, commette un atto illegittimo impossessandosene in danno dello Stato cui quelle cose appartengono ed è perciò comparato a colui che si impossessa delle medesime cose, dallo stesso rinvenute, ne consegue che entrambi i fatti sono puniti con la medesima sanzione penale. «In tema di impossessamento di cose di interesse artistico, storico ed archeologico, tutelate dalla Legge 1 giugno 1939 n. 1089 (artt. 1 e 67) occorre avere riguardo alla rilevanza artistica, storica o archeologica dei reperti, indipendentemente dal loro valore venale e dalla facile reperibilità degli stessi» (Cass. Pen. sentenza 19 ottobre 1978 n. 12739 massima n. 140243). Era, dunque, sufficiente la consapevolezza che il relitto oggetto della compravendita presentasse un interesse anche solo storico (per essere testimonianza di un naufragio), ma nel caso era evidente il suo interesse archeologico, per qualificarlo come bene archeologico e, quindi, per l'illiceità dell'impossessamento.

La richiesta di restituzione del bene culturale presuppone il possesso del titolo di proprietà del richiedente e il convenuto per resistere deve provare l'acquisto legittimo del bene, da valutare in base alla normativa generale dello Stato di importazione.

La restituzione del bene sottratto al patrimonio culturale nazionale presuppone il riconoscimento del diritto di proprietà dello spogliato e tale riconoscimento assume rilievo nel caso di esportazione illecita di bene culturale di proprietà pubblica in relazione al provvedimento di confisca conseguente allo accertamento in sede penale del "fatto" materiale della sua uscita dal territorio nazionale senza autorizzazione amministrativa.

5.3. *Il contratto Ferri-Barbetti*

Il contratto concluso tra Ferri-Pirani e i Barbetti ha avuto ad oggetto un bene archeologico di proprietà dello Stato, appartenente al patrimonio indisponibile.

L'atto di vendita ai Barbetti è stato, pertanto, effettuato da un soggetto privo di titolo valido e gli acquirenti non potrebbero opporre la presunzione di cui all'art. 1153, c. civ. sia in quanto erano evidentemente in malafede (il bene era di evidente illecita provenienza⁸⁰), sia perché il contratto era affetto da impossibilità giuridica dell'oggetto (ex art. 828, c.c.), in assenza del provvedimento di classificazione di cui all'art. 24, Legge n. 1089 del 1939.

Per quanto concerne l'applicazione dell'art. 1153, c.c. (espressione del principio di matrice romanistica "possesso vale titolo", che consente l'acquisto a "*non domino*" della proprietà dei beni mobili per effetto del possesso in buona fede al momento della consegna del bene medesimo, accompagnato da un titolo idoneo al trasferimento della proprietà) si osserva quanto segue.

Il perfezionamento dell'effetto traslativo è subordinato alla verifica della buona fede al momento della consegna del bene, ossia dell'ignoranza incolpevole di ledere l'altrui diritto.

La presunzione di buona fede (ex art. 1147, c.c.) "può essere vinta in concreto anche tramite presunzioni semplici, le quali siano gravi, precise e concordanti e forniscano, in via indiretta (com'è normale, trattandosi di

⁸⁰ Tutte le dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini di Polizia giudiziaria sono concordi sul punto del ritrovamento fortuito della statua durante una battuta di pesca nel Mar Adriatico e sulla sua provenienza dall'Italia. La circostanza è confermata dalla documentazione prodotta in giudizio dal J.P. Getty Trust.

accertare l'esistenza o meno di uno stato psicologico), il convincimento della esistenza in capo all'acquirente del ragionevole sospetto di una situazione di illegittima provenienza del bene"⁸¹.

I Barbetti erano a conoscenza del fatto che il venditore (Ferri e Pirani) fosse in possesso della statua per averla ripescata nel Mar Adriatico, e che, dunque, anche se vi fossero stati dei dubbi sul luogo del ritrovamento (dentro o fuori le acque territoriali italiane), la disciplina italiana del codice della navigazione (art. 511, c.n.) devolveva *ipso iure* allo Stato tutti i relitti aventi valore culturale, ove ritrovati fortuitamente da nave battente bandiera italiana.

Sarebbe stata insostenibile la tesi che il combinato disposto degli artt. 4 e 510 c. nav. limitasse gli obblighi di denuncia ai soli ritrovamenti nel mare territoriale, in quanto la circostanza che il relitto fosse stato ricoverato sulla nave, e quindi per definizione fosse entrato nel territorio nazionale, obbligava il ritrovatore all'osservanza della legislazione interna.

Era dunque ben noto ai Barbetti che la statua era di proprietà dello Stato italiano, e di ciò se ne ha la prova nel fatto che al momento dello acquisto era in una condizione di occultamento e che questi l'avevano mantenuta in tale stato.

Anche a volere ritenere che la statua a seguito del fortuito ritrovamento in mare non fosse stata acquisita al patrimonio indisponibile dello Stato e quindi i Ferri ne fossero i proprietari, la circostanza che una "res" di tale rilevanza culturale non fosse stata vincolata era sintomatica della sua provenienza illecita. Ed è la assenza del provvedimento di vincolo che esonerava le parti dal denunciare al Ministero l'atto di compravendita (in violazione dell'art. 30, Legge n. 1089 del 1939, vigente *ratione temporis*), e ad assicurare loro la non soggezione alla prelazione culturale.

L'art. 61, Legge n. 1089 del 1939 stabiliva che: «Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti

⁸¹ V. Cass., sez. II civ., n. 9782/1999, che ha esaminato il caso dell'acquisto del dipinto *Natura morta con pesci* di De Chirico, avvenuto ad un'asta di Sotheby's dopo un precedente furto nella casa della proprietaria, ritenendo che «il giudice di merito avesse correttamente desunto per presunzione che l'acquirente era stato in una situazione psicologica di sospetto dell'illegittima provenienza del dipinto, sì da doversi escludere la sua buona fede, argomentando dal fatto che egli era un esperto conoscitore delle opere di De Chirico e dunque era stato nelle condizioni di accertare se il suddetto quadro rientrava tra quelli oggetto delle indagini penali scaturite dal furto» (Mass. Giur. It., 1999). Nel caso in esame è provato in via diretta che tutti i protagonisti della vicenda, compreso il Getty Museum, erano a conoscenza del fatto che la statua era quella ripescata dal Pirani, sottratta illegalmente ai controlli doganali e alle autorità preposte e poi oggetto delle indagini penali scaturite dalla sua esportazione illecita.

dalla presente legge o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli di pieno diritto. Resta sempre salva la facoltà del Ministro per l'educazione nazionale di esercitare il diritto di prelazione a norma degli artt. 31 e 32»⁸².

I Barbetti non potevano, anche in relazione a questo profilo, invocare a loro favore l'acquisto "*a non domino*" oltre che per il loro palese stato di malafede anche perché la *traditio* stessa della statua, in mancanza della denuncia (dovuta per la semplice qualità della "*res*"), era espressamente vietata dalla legge (art. 32, Legge n. 1089 del 1939)⁸³.

⁸² Si veda ora art. 164, D.lgs. n. 42/2004.

⁸³ V. Cass., sez. I civile, n. 4260/1992.

Capitolo 6

La circolazione internazionale dei beni culturali

6.1. *Circolazione dei beni mobili e la legge applicabile*

La circolazione internazionale dei beni culturali, in quanto beni mobili, è fattispecie caratterizzata da elementi di estraneità rispetto allo Stato di insidenza e deve, quindi, essere inquadrata nell'ambito delle problematiche relative ai diritti reali.

La disciplina dei diritti reali, oggetto delle norme di diritto internazionale privato, ha dato luogo a soluzioni non uniformi nei diversi ordinamenti giuridici nazionali.

In linea generale, la legge del luogo di situazione deve essere ritenuta competente a disciplinare i diritti reali per quanto attiene al loro contenuto e, quindi, alle modalità e ai limiti dell'esercizio delle facoltà inerenti al diritto di proprietà.

Problemi sorgono allorchè si tratta di determinare se il modo di acquisto e, più ancora, il titolo dal quale deriva il diritto di proprietà debbano essere disciplinati dalla legge dello Stato di insidenza ovvero se sia necessario fare ricorso ad altra norma di conflitto.

La individuazione della sfera di applicazione della legge dello Stato di insidenza della "res" rispetto ad altre leggi concorrenti in ipotesi applicabili (ad es. la *lex contractus*) costituisce un problema cruciale per quanto riguarda gli acquisti di beni mobili a titolo derivativo, restando quelli a titolo originario (occupazione, invenzione, accessione) interamente disciplinati dalla *lex rei sitae*.

Sotto questo profilo si deve sottolineare una differenza tra i sistemi di *common law* da quelli di *civil law*.

Nei sistemi di *common law*, l'applicazione della legge di situazione dei beni mobili sembra caratterizzata da una maggiore *vis attractiva* anche sulla disciplina del titolo oltre che su quella del contenuto dei diritti relativi ai beni.

Si deve, peraltro, aggiungere che i vari ordinamenti giuridici che possono essere interessati dallo spostamento dei beni presentano spesso una disciplina diversa in relazione alla tutela accordata all'istituto del possesso.

Invero, in gran parte degli ordinamenti europei continentali la tutela dell'acquirente di buona fede si basa sulla regola del "possesso vale titolo", mentre per gli ordinamenti anglo-americani la tutela degli acquirenti si basa sul principio romanistico del *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, che consente al legittimo proprietario, in via di principio, di rivendicare il bene di cui sia stato spossessato senza riguardo alla buona fede del terzo possessore.

Naturalmente per stabilire se il possesso di un bene mobile iniziato in uno Stato dove non vige la regola "possesso vale titolo" e successivamente trasferito in uno Stato in cui, invece, vige tale *regula iuris* valga ai fini dell'acquisto della proprietà è necessario individuare in base a quale legge devono essere effettuate le opportune valutazioni. Se, infatti, si ritiene applicabile la legge straniera l'acquirente di buona fede non acquista la proprietà mentre tale effetto si verifica se si applica la legge dello Stato che disciplina gli acquisti in base alla predetta regola del "possesso vale titolo".

Ci si deve porre il problema della valenza ultraterritoriale dei limiti posti dal diritto pubblico di uno Stato al commercio e alla circolazione di determinati beni.

Se in passato l'opinione prevalente concordava, anche in giurisprudenza, sull'inapplicabilità del diritto pubblico straniero senza ulteriori specificazioni, oggi tale aprioristica esclusione può dirsi in buona parte superata, anche sulla base di una perdita di rilievo della tradizionale ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato, oltre che dalla ratifica di Accordi internazionali.

Del resto, come rilevato da autorevole dottrina⁸⁴, il rinvio operato dalle norme di diritto internazionale privato comporta che il diritto pubblico straniero richiamato venga in rilievo quando concorre nell'ambito di

⁸⁴ R. LUZZATTO, *Studi giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milano 1965, p. 165; K. ZWIEGERT, *Droit International privé et droit public*, in «Rev.crit.dir. intern. Privé», 1965, pp. 645 ss.; P. LALIVE, *Sur l'application de droit public étranger*, in *Annuaire Suisse de droit international*, 1972, pp. 103 ss., che sottolinea la relatività della nozione stessa di diritto pubblico e di diritto privato, nonché della loro netta separazione che, mentre nei sistemi continentali rileva, non trova uguale riscontro nei sistemi di *common law*. In questi ultimi poi il rifiuto di dare esecuzione alle norme straniere di diritto pubblico sembra essere limitato, anche in passato, prevalentemente a quelle che rivestono il carattere di *revenue* o di *penal laws*, nonché riferentesi ad una categoria più generale (ad es. in materia di circolazione di beni culturali v. *Attorney Generalo of New Zealand vs. Ortiz and Others*, in «Weekly Law Reports», 2, 1982, p. 10.

quell'ordinamento alla creazione di situazioni giuridiche di diritto privato di carattere assoluto riconosciute immediatamente efficaci dalle norme di diritto internazionale privato.

Le codificazioni delle norme di diritto internazionale privato generalmente non estendono espressamente il rinvio al diritto pubblico straniero, ma un autorevole contributo al superamento di tale limite è stato elaborato dall'Institut de Droit International soprattutto nella sessione di Wiesbaden del 1975, nel corso della quale è stata elaborata una risoluzione che contiene una decisa condanna del principio dell'inapplicabilità "a priori" del diritto pubblico straniero.

Nella prassi, la questione si è per lo più posta in termini di scelta tra attribuire la prevalenza alla condizione giuridica del bene trasferito così come determinata dalle norme pubblicistiche dell'ordinamento di precedente situazione, ovvero alle situazioni sorte alla luce della legge di nuova situazione del bene medesimo.

Appare assolutamente giustificata la prevalenza data alle norme di diritto pubblico dello Stato di precedente situazione nel caso in cui da tali norme discendano precisi limiti in ordine alla validità e all'efficacia della formazione di un titolo attributivo del diritto reale.

Infatti, in tutte le ipotesi in cui le limitazioni di diritto pubblico alla libera disponibilità del bene siano attinenti all'idoneità dello stesso a formare l'oggetto di negozi traslativi di diritti, i limiti stessi dovranno considerarsi afferenti alla condizione giuridica del bene medesimo. Pertanto tali limitazioni incideranno sulla valida formazione del titolo da cui discende il diritto reale.

Nell'ordinamento italiano una norma di diritto pubblico qualifica una "res" come bene culturale archeologico e ne disciplina il trattamento giuridico, quindi, anche in assenza di una norma di conflitto che ad essa rinvii per provare il titolo di proprietà in una ipotesi di rivendica di un bene archeologico uscito dal territorio nazionale sarà necessario provare il titolo di proprietà secondo le norme dello Stato di provenienza relative ai beni mobili, dunque, nel caso dello Stato italiano.

Un dato utile in una tale situazione è fornito dallo accertamento della regolarità della importazione del bene. La dichiarazione di provenienza consente, invero, di verificare la validità del titolo di proprietà dell'importatore, che deve essere valutata sulla base delle norme dello Stato di provenienza relative ai beni mobili.

In tal modo, nel rispetto delle norme dello Stato di insidenza, si potrà contestare il titolo di proprietà dell'attuale possessore del bene archeologico, sia questi il primo o un successivo prenditore.

Nel caso in cui l'importazione non sia regolare, sarà oggetto di prova la provenienza del bene archeologico ed il titolo di proprietà del soggetto che rivendica il bene dovrà essere valutato in base alla legge dello Stato di provenienza.

6.2. *I contratti di vendita della statua conclusi all'estero*

Contratto Barbetti-Herzer/Establissement D.C.

Secondo quanto riportato nei documenti forniti da Herzer al Getty Museum, la statua sarebbe stata venduta dopo la esportazione dai Barbetti alla società lussemburghese Establissement D.C.

La vendita, non provata da alcun documento, sarebbe avvenuta nel 1971 in Brasile.

La statua è sicuramente transitata nel Regno Unito (senza prova del rispetto delle norme doganali) e, infine, nel luglio 1971 è stata trasportata da Londra in Germania.

Per le considerazioni esposte nel paragrafo precedente, al momento della vendita i Barbetti non erano proprietari della statua.

La statua era di proprietà dello Stato italiano o, tutt'al più, di Ferri e Pirani (non avendo l'atto di alienazione del bene ai Barbetti prodotto alcun effetto, e non essendo nemmeno maturata a favore dei Barbetti l'eventuale – ma qui sempre negata – usucapione).

L'acquisto di Establissement D.C. è stato posto in essere in malafede, nella piena consapevolezza della provenienza illecita della statua, per violazione delle norme doganali, del codice della navigazione e della Legge n. 1089 del 1939 (in relazione sia all'obbligo di denuncia della vendita da Ferri e Pirani a Barbetti, sia alla necessità di una licenza di esportazione).

Ammesso che la statua sia stata effettivamente acquistata nel 1971 in Brasile (circostanza mai documentata), la malafede di Establissement D.C. emerge (ed emergeva quando il Getty Museum acquistò la statua nel 1977) *per tabulas* dai seguenti elementi:

- a) Establissement ha acquistato la statua da un soggetto (i fratelli Barbetti) che non era un commerciante di beni culturali: quindi, non poteva confidare nella veridicità delle eventuali informazioni rassicuranti fornite loro dai Barbetti in ordine al doveroso adempimento degli obblighi di denuncia del bene alle autorità doganali, marittime e alla Soprintendenza, al momento della sua introduzione in Italia;

- b) la sentenza di proscioglimento della Corte d'Appello di Roma del 1970 si fondava sull'impossibilità di esaminare la statua, proprio in quanto occultata dai Barbetti, e comunque per capi d'imputazione che non comprendevano l'esportazione illecita: Establisement doveva quindi quanto meno pretendere dai Barbetti la produzione della licenza di esportazione.

Soprattutto Establisement aveva tutti gli elementi per rilevare, con l'ordinaria diligenza, che i Barbetti non avevano un titolo valido di proprietà della statua.

Anche concedendo che la statua, entrata in Italia, non fosse di proprietà dello Stato italiano, ma di Ferri e Pirani, dal tenore delle sentenze del procedimento penale conclusosi nel 1970 emergeva chiaramente che la statua era stata venduta ai Barbetti senza comunicazione dell'atto allo Stato, ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, e dunque la vendita era nulla ai sensi dell'art. 61, Legge n. 1089 del 1939.

Il contratto in questione è quindi nullo e inefficace per il diritto italiano, ma lo sarebbe anche ove si volesse applicare alla fattispecie il diritto brasiliano, del Regno Unito o quello tedesco (ossia dei Paesi in cui la statua è sicuramente transitata), e anche a prescindere dal reato di esportazione illecita⁸⁵, per il semplice motivo che si trattava di acquisto da soggetto privo di un titolo valido e che Establisement sapeva bene (o avrebbe dovuto sapere con l'ordinaria diligenza) che i Barbetti non erano proprietari della statua.

aa) Diritto del Brasile

Il diritto brasiliano prevede che la consegna del bene mobile, in caso di vendita da chi non ne è proprietario, non determina il trasferimento della proprietà.

⁸⁵ Diversamente da quanto osservato dalla difesa del J.P. Getty Trust l'inefficacia e nullità delle vicende circolatorie della statua, successive all'esportazione illecita della medesima, deriva in primo luogo non già dalla circostanza della sua esportazione illecita, ma dall'assenza di un valido titolo in capo ai vari danti causa che si sono avvicinati in dette vicende, avendo a loro volta tutti acquistato il bene in uno stato di malafede oggettiva (se non soggettiva). Ciò non toglie che, indubbiamente, il giudice nazionale debba considerare anche che il bene culturale si caratterizza per la sua staticità che lo rende in commerciabile al di fuori del territorio nazionale in assenza di una licenza di esportazione e che, dunque, l'assenza della prova della documentazione doganale di esportazione e importazione della statua ne faceva supporre, a tutto volere concedere, la dubbia provenienza.

L'unica eccezione (in qualche modo riconducibile al principio di cui all'art. 1153, c.c.) è prevista dall'art. 1268 del *Codigo Civil* brasiliano, secondo cui può perfezionarsi l'acquisto "a non domino", qualora l'acquirente sia in buona fede, e a condizione che il bene mobile venga offerto pubblicamente, durante un'asta o in una struttura commerciale, in circostanze tali da lasciare erroneamente apparire l'alienante come il proprietario del bene.

Nel secondo capoverso del citato art. 1268 il legislatore brasiliano precisa che, in ogni caso, l'immissione nel possesso del bene mobile mediante consegna non trasferisce efficacemente la proprietà quando è nullo il negozio giuridico che ne costituisce il titolo⁸⁶.

Da quanto precede deve concludersi che, nell'ipotesi in cui il contratto Barbetti-Etablissement si sia concluso effettivamente in Brasile⁸⁷, e si ritenga dunque dovuta la applicazione del diritto brasiliano, detto contratto non ha consentito l'acquisto della proprietà in capo a Etablissement: infatti, la vendita e la consegna della statua non sono avvenute all'esito di un'offerta al pubblico, l'acquirente era in malafede e il contratto era nullo per avere ad oggetto un bene proveniente da un crimine. Nei pareri legali acquisiti al processo su iniziativa dal J.P. Getty Trust si fa un chiaro riferimento alla identità dei venditori⁸⁸ e non si fa menzione, ne si fornisce la prova, della lecita importazione della statua dal Brasile. Tali elementi provano la malafede delle parti contraenti.

⁸⁶ Si trascrive di seguito il testo dell'art. 1268, *Codigo Civil* brasiliano: «Se la consegna è realizzata da persona diversa dal proprietario non aliena la proprietà, eccetto se il bene viene offerto al pubblico, attraverso un'asta o in uno stabilimento commerciale, e trasferito all'acquirente in buona fede così come ad una qualsiasi altra persona. In circostanze tali che l'alienante figuri come proprietario. Se l'acquirente è in buona fede e l'alienante acquisisce successivamente la proprietà, si considera effettivo il trasferimento nel momento in cui è realizzata la consegna. La consegna non trasferisce la proprietà quando ha come titolo un negozio giuridico nullo».

⁸⁷ In data 14 giugno 1978, l'INTERPOL ha comunicato che padre Leone, *alias* Ricci Sinibaldo, nato a Fano, localizzato in Brasile, non aveva fornito alcuna notizia utile circa la vicenda della statua.

⁸⁸ La difesa del J.P.G. ha prodotto in giudizio, tra gli altri documenti, la lettera firmata dall'avvocato Grimaldi del 4 ottobre 1972, nella quale il legale della società venditrice riferiva che la statua era stata venduta a Etablissement D.C. dai Barbetti (in essa si precisa, infatti, che i "venditori" sono stati processati per ricettazione (si tratta, dunque, dei fratelli Barbetti) e che la data della vendita è il 9 giugno 1971 (la circostanza è confermata dal dr. D. Ritter, avvocato in Liechtestein nel parere reso il 17 gennaio 1974 alla società venditrice).

bb) Diritto del Regno Unito

Non si perverrebbe a diversa soluzione se si dovesse applicare al contratto il diritto del Regno Unito.

Nelle codificazioni moderne di *civil law* (ad es. art. 2279 – *Code Napoléon*, § 932 BGB e art. 1153 cod. civ.), l'acquisto della proprietà con il possesso di buona fede è generalmente considerato un modo di acquisto a titolo originario ("possesso vale titolo").

A tale meccanismo acquisitivo del diritto è rimasta del tutto estranea la *common law*. Al principio di *civil law* "possesso vale titolo", la *common law* contrappone gli opposti principi: "nemo dat quod non habet", e, più specificamente, "mere possession is not conclusive of title" (il mero possesso non vale titolo).

La regola generale nel diritto di matrice anglosassone è che l'acquirente di buona fede di una cosa mobile non ne acquista la proprietà, quand'anche ne abbia conseguito il possesso, se l'alienante non ne era proprietario.

In altri termini la proprietà non si riceve che dal proprietario, ossia solo a titolo derivativo.

Nel diritto anglosassone la materia è disciplinata dal *Sale of Goods Act* del 1893, riformato nel 1979, il quale, nella seconda metà della parte III, intitolata "Transfer of Title", ha riguardo proprio ai casi in cui un venditore privo di diritti sul bene trasferisca il titolo di proprietà ad una terza persona.

In generale, sono due le esigenze contrapposte attraverso cui si articola la disciplina degli acquisti a "non domino": la tutela della proprietà da un lato e la protezione delle transazioni commerciali dall'altro.

Il primo di questi due principi rappresenta in *common law* la regola generale, espressa nella section 21(1) del *Sale of Goods Act*: «Secondo questa legge quando i beni sono venduti da un soggetto che non ne è proprietario, e che non li vende sotto l'autorità o con il consenso del proprietario, l'acquirente non acquista nessun diritto di cui l'alienante non sia titolare, salvo che al proprietario dei beni sia precluso, per via della propria condotta, di negare la legittimazione a vendere dell'alienante»⁸⁹.

⁸⁹ «Subject to this act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority».

Nel caso di specie, la statua era di proprietà dello Stato italiano, al quale era stata sempre occultata, e la sua presenza (per un breve tempo) nel Regno Unito è stata conosciuta dalle autorità italiane solo a seguito della produzione documentale del Getty Museum. A tutto concedere, la statua era (ancora) di proprietà dei Ferri e Pirani, i quali non avevano dato il consenso ai Barbetti di vendere il bene a terzi per loro conto (o almeno questa circostanza non è stata provata dal Getty Museum).

Non può ritenersi, infatti, che la circostanza della vendita del bene da parte di Ferri e Pirani ai Barbetti integrasse un consenso o mandato dei medesimi Ferri e Pirani ai Barbetti di vendere il bene sull'assunto che questi ne fossero ancora proprietari a causa della nullità del contratto.

Ferri e Pirani possono aver dato il loro consenso a trasferire il bene ai Barbetti, ma una volta rilevato che il contratto di vendita era nullo, quel consenso non conteneva anche la rinuncia ad avvalersi delle conseguenze della nullità del contratto, rivendicando la proprietà della statua.

Come emerge dall'enunciato della disposizione citata, alla regola generale del "*nemo dat quod non habet*" si affiancano diverse eccezioni, alcune delle quali previste nello stesso *Sale of Goods Act*.

Nonostante l'importanza di tali eccezioni – che si pongono nella prospettiva dell'acquirente di buona fede, il quale richiede protezione contro l'originario proprietario – va precisato che esse non sono in grado di indebolire la regola generale dell'intrasferibilità del diritto dal non proprietario, connaturata al sistema anglosassone.

La prima eccezione discende dall'applicazione dell'*estoppel rule*, che è rimedio dalle molteplici applicazioni, corrispondente a ciò che, in *civil law*, si indica con il nome di *exceptio doli* o di tutela dell'apparenza.

L'*estoppel* è infatti il divieto, per chi abbia emesso una data dichiarazione o tenuto un dato comportamento, di opporre l'invalidità della dichiarazione emessa o la giuridica inefficacia del comportamento tenuto a colui che sull'una o sull'altra abbia fatto legittimo affidamento.

Nella specie opera il *proprietary estoppel*: a chi, sulla base di *indicia of ownership* dell'alienante, ha creduto di acquistare "*a domino*" non può essere opposto dal proprietario rivendicante che quegli indizi di proprietà sono falsi, se è stato lo stesso proprietario a crearli.

In particolare si distinguono due tipologie di *estoppel*:

- l'*estoppel by representation*: si ha quando il proprietario con le sue parole o con la sua condotta ingenera nell'acquirente il convincimento che il venditore sia il reale proprietario o che abbia la legittimazione a vendere;
- l'*estoppel by negligence*: si ha quando il proprietario, a causa della sua negligenza, non impedisce che il venditore appaia come il titolare del diritto di proprietà.

Il principale riferimento all'eccezione dell'*estoppel* è contenuto nella citata Section 21 del *Sale of Goods Act*, che, dopo aver sancito la regola classica *nemo dat quod non habet*, aggiunge che chi compera da un non proprietario è soggetto all'azione del reale proprietario, "salvo che al proprietario dei beni sia precluso, per via della propria condotta, di negare la legittimazione a vendere dell'alienante".

In merito all'effetto dell'eccezione dell'*estoppel*, va precisato che essa non incide sulla reale titolarità del diritto (il quale permane in capo all'effettivo proprietario), bensì solo sul potere dell'originario proprietario di agire in rivendica contro l'acquirente che si avvale dell'*estoppel*. Nel caso in esame, il comportamento posto in essere dallo Stato italiano (che era alla ricerca del bene di cui era proprietario) non può avere ingenerato alcun affidamento in capo a Establisement D.C. Né tanto meno, ove si ritenga che proprietario fossero Ferri e Pirani, questo può avere determinato alcun affidamento in Establisement, atteso che la nullità del contratto di vendita ai Barbetti era conosciuta o (comunque) conoscibile da Establisement D.C.

Ad ogni modo, l'*estoppel* precluderebbe soltanto l'azione di rivendica del proprietario, senza attribuire all'acquirente un titolo di proprietà (opponibile allo Stato in sede di confisca).

La seconda eccezione è costituita dalla regola per cui la vendita compiuta da un soggetto che appare dotato della legittimazione propria di un *mercantile agent* o di un rappresentante è titolo idoneo a trasferire il diritto all'acquirente.

Il terzo acquirente "*a non domino*" è tutelato e acquista il relativo diritto solo se l'agente sia dotato di "*apparent or usual authority beyond his actual authority*". Ai sensi della Section 26 del *Sale of Goods Act*, è *mercantile agent* chi «abbia, nel corso normale dei propri affari, il potere di vendere o consegnare o comprare le cose o di ottenere il denaro dandole in garanzia»⁹⁰. Nel caso in esame i Barbetti

⁹⁰ «*Mercantile agent having in the customary course of his business as such agent authority*

non erano commercianti di beni archeologici, e dunque non potevano essere considerati come “*mercantile agent*”. Un’ulteriore eccezione al principio del *nemo dat quod non habet* è prevista alla Section 25 del *Sale of Goods Act*, secondo cui, in caso di doppia vendita mobiliare, il venditore (non più proprietario) che rimane in possesso della cosa dopo la prima vendita mantiene la capacità di trasferire il diritto di proprietà ad un secondo acquirente in buona fede. Nel caso in esame, oltre a non configurarsi una doppia vendita immobiliare, Etablissement non era certamente un acquirente in buona fede.

Conclusivamente, anche in base al diritto inglese Etablissement non ha acquistato il diritto di proprietà sulla statua.

cc) Diritto tedesco

Se il Ministero, a seguito del provvedimento della Autorità giudiziaria di Monaco di restituzione della statua a Heinz Herz nel 171, avesse proposto un’azione di restituzione nei confronti del detentore, la normativa tedesca applicabile avrebbe comportato unicamente un’inversione della prova in punto di “buona fede” dell’acquirente, con l’effetto che il contratto di acquisto della statua dai Barbetti sarebbe stato accertato come nullo.

I requisiti richiesti dall’ordinamento giuridico tedesco affinché un negozio dispositivo di trasferimento della proprietà sia efficace sono di regola tre:

- a) la presenza di un contratto ad effetti reali;
- b) la consegna della cosa;
- c) il potere di disporre del diritto (§ 929 BGB).

A differenza del negozio obbligatorio (che può essere validamente stipulato a prescindere dalla titolarità del diritto, pena il risarcimento del danno per inadempimento (§ 440 BGB), il negozio dispositivo richiede per la propria validità il potere di disporre.

Anche i trasferimenti della proprietà dei beni culturali avvenuti in Germania, in quanto negozi dispositivi di trasferimento della proprietà su beni mobili, soggiacciono alla sopra citato § 929 BGB.

either to sell goods or to consign good or the purpose of sale, or to buy goods, or to raise money on the security of goods».

Nonostante il generale potere di disporre del diritto sia un requisito fondamentale per il trasferimento della proprietà, l'ordinamento tedesco – come quello italiano – per tutelare l'acquirente dei beni mobili predispone un meccanismo acquisitivo alternativo: l'acquisto "*a non domino*".

Rispecchiando l'art. 1153 c. civ. il § 932 BGB, rubricato "Acquisto in buona fede da chi non è legittimato" stabilisce: «L'acquirente diventa proprietario mediante il trasferimento fatto in base alla § 929 anche nei casi in cui la cosa non sia di proprietà dell'alienante, salvo che egli, nel momento in cui in base a tale disposizione avrebbe dovuto acquistare la proprietà, non era in buona fede. Nel caso del § 929 periodo secondo, questo si applica soltanto quando l'acquirente abbia conseguito il possesso da colui che aliena. L'acquirente non è in buona fede quando conosce, o ignora per colpa grave, che la cosa non è di proprietà dell'alienante».

Dalla disposizione citata emerge chiaramente che colui che acquista un bene immobile da chi non è proprietario diventa comunque titolare del diritto grazie alla consegna e all'accordo, a condizione però che versi in buona fede circa la titolarità del diritto. Pertanto, la mancanza di diligenza e buona fede in capo ai soggetti coinvolti nei trasferimenti dei beni culturali illegittimamente esportati rende loro inapplicabile la regola per l'acquisto "*a non domino*" di cui al § 929 BGB.

In particolare, si qualifica come un acquisto di malafede da chi non è proprietario l'acquisto di chi sappia di acquistare da un rivenditore non proprietario un bene culturale trafugato. Stabilisce infatti il § 858 BGB, in merito all'impossessamento illecito che «il possesso ottenuto con impossessamento arbitrario illecito è viziato. La viziosità può essere fatta valere anche contro il successore nel possesso, se questi è erede del possessore o se conosceva la viziosità del possesso del suo dante causa al momento dell'acquisto».

Dall'analisi sistematica delle disposizioni del BGB sull'acquisto di beni immobili, emerge che la *ratio* della disciplina è quella di dare rilievo alle ragioni dei terzi acquirenti solo se in perfetta buona fede, impedendo l'acquisto "*a non domino*" in presenza di un qualsiasi difetto di diligenza degli stessi.

Ad esempio, nella analoga ipotesi dell'acquisto di buona fede di cose smarrite previste al § 935 BGB, si stabilisce che «l'acquisto della proprietà attraverso le disposizioni di cui agli §§ da 932 a 934 non si determina quando il bene sia stato sottratto al proprietario, costui l'abbia perduto altrimenti andato disperso».

Nello stesso senso si muove il § 936 BGB sulla “Estinzione dei diritti dei terzi” precisando però che «il diritto del terzo viene meno nel caso in cui l’acquirente al tempo indicato al comma 1 non si trovava in buona fede in ordine al diritto».

Va aggiunto che la mancanza di buona fede nei soggetti che a diverso titolo acquistano un bene culturale trafugato impedisce l’operare nei loro confronti del fenomeno della usucapione.

Il § 937 BGB, così come l’art. 1161 c. civ. da un lato stabilisce che «colui che ha il possesso di una cosa mobile per 10 anni ne acquista la proprietà», ma dall’altro precisa che «l’usucapione è esclusa, se l’acquirente al momento dell’acquisto del possesso per sé non è in buona fede o se successivamente viene a sapere che la proprietà non gli spetta».

Analogamente, in tema di estinzione dei diritti dei terzi, il § 945 BGB stabilisce che «con l’acquisto della proprietà mediante usucapione si estinguono i diritti dei terzi sulla cosa costituiti prima dell’acquisto del possesso per sé, salvo che il possessore per sé non era in buona fede con riguardo alla sussistenza di tali diritti al momento dell’acquisto del possesso per sé, ovvero ne è venuto successivamente a conoscere».

Il mancato trasferimento della proprietà ai soggetti che acquistano “*a non domino*” in malafede attribuisce al legittimo proprietario del bene la possibilità di esperire in sede civilistica le azioni a difesa della proprietà, tra cui l’azione di rivendicazione.

Nell’ambito delle pretese derivanti dalla proprietà, il BGB prevede al § 985 (analogamente all’art. 948 c. civ.) il diritto alla consegna, stabilendo che «il proprietario può pretendere dal possessore la consegna della cosa».

Inoltre, il diritto tedesco prevede in capo al proprietario il cui diritto sia stato leso la possibilità di chiedere al possessore gli utili che questi ritrae dal bene dopo l’instaurazione del giudizio (§ 987 BGB) e il risarcimento del danno dal momento della domanda giudiziaria.

Precisamente, il § 989 BGB, rubricato “Risarcimento successivo alla domanda giudiziale” prevede: «il possessore dal momento dell’instaurazione del giudizio è responsabile del danno nei confronti del proprietario per il fatto che per la sua quota la cosa viene deteriorata, si sfrutta, o per altro motivo non può essere da lui restituita».

Va aggiunto che il diritto tedesco aggrava ulteriormente la responsabilità risarcitoria dei possessori nei confronti del legittimo proprietario nel caso in cui essi versino in malafede. Infatti, il § 990

BGB rubricato “Responsabilità del possessore in caso di conoscenza” dispone: «Se al momento dell’acquisto del possesso il possessore non era in buona fede, egli risponde nei confronti del proprietario ai sensi degli §§ 987 e 989 dal momento dell’acquisto del possesso. Se il possessore viene a conoscenza del fatto di non essere legittimato al possesso in un momento successivo, egli risponde nello stesso modo dal momento in cui ne ha avuto conoscenza. Resta ferma l’ulteriore responsabilità del possessore per il ritardo.».

Il sistema tedesco, non accogliendo la regola per cui la proprietà si trasferisce con il mero consenso, considera il contratto di vendita come un contratto con effetti solamente obbligatori, con la conseguente necessità di un secondo contratto ad effetti reali che si perfeziona con la consegna della cosa mobile.

In questo senso il § 929 BGB, nel disciplinare “acquisto e perdita della proprietà su cose mobili”, distingue tra i momenti dell’accordo e della consegna stabilendo che «per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario consegna la cosa all’acquirente e che entrambi siano d’accordo che la proprietà si debba trasferire. Se l’acquirente è nel possesso della cosa, è sufficiente l’accordo sul trasferimento della proprietà».

I requisiti affinché un negozio dispositivo di trasferimento della proprietà sia efficace sono di regola tre:

- a) la presenza di un contratto ad effetti reali;
- b) la consegna della cosa;
- c) il potere di disporre del diritto.

Anche i trasferimenti della proprietà di beni culturali avvenuti in Germania, in quanto negozi dispositivi di trasferimento della proprietà su beni mobili, soggiacciono al sopra citato § 929 BGB. Nonostante in generale il potere di disporre del diritto sia un requisito fondamentale per il trasferimento della proprietà, l’ordinamento tedesco – come quello italiano – per tutelare l’acquirente di beni mobili predispose un meccanismo acquisitivo alternativo: l’acquisto “*a non domino*”.

Rispecchiando l’art. 1153, cc., il § 932 BGB, rubricato “Acquisto in buona fede da chi non è legittimato”, stabilisce quanto segue: «L’acquirente diventa proprietario mediante il trasferimento fatto in base al § 929 anche nei casi in cui la cosa non sia di proprietà dell’alienante, salvo che egli, nel momento in cui in base a tale

disposizione avrebbe dovuto acquistare la proprietà, non era in buona fede. Nel caso del § 929 periodo 2, questo si applica soltanto quando l'acquirente abbia conseguito il possesso da colui che aliena. L'acquirente non è in buona fede, quando conosce, o ignora per colpa grave, che la cosa non è di proprietà dell'alienante».

Nel caso in esame *Establissement* non era in buona fede, essendogli ben nota la nullità del contratto di acquisto dei Barbetti e dunque l'assenza del loro potere di disporre della statua.

Il § 858 BGB stabilisce poi che «il possesso ottenuto con impossessamento arbitrario illecito è viziato. La viziosità può essere fatta valere anche contro il successore nel possesso se questi è erede del possessore o se conosceva la viziosità del possesso del suo dante causa al momento dell'acquisto».

Va aggiunto che la mancanza di buona fede nei soggetti che a diverso titolo acquistano un bene culturale trafugato impedisce l'operare a loro favore anche del fenomeno dell'usucapione.

Il § 937 BGB, infatti, stabilisce da un lato che «colui che ha il possesso di una cosa mobile per dieci anni ne acquista la proprietà (usucapione)», dall'altro precisa che «l'usucapione è esclusa, se l'acquirente al momento dell'acquisto del possesso per sé non è in buona fede o se successivamente viene a sapere che la proprietà non gli spetta».

Analogamente, in tema di estinzione dei diritti dei terzi, il § 945 BGB stabilisce che «con l'acquisto della proprietà mediante usucapione si estinguono i diritti dei terzi sulla cosa costituiti prima dell'acquisto del possesso per sé, salvo che il possessore per sé non era in buona fede con riguardo alla sussistenza di tali diritti al momento dell'acquisto del possesso per sé, ovvero ne è venuto successivamente a conoscenza».

Non essendo decorsi 10 anni dall'acquisto del possesso del bene, e trovandosi i rappresentanti di *Establissement* in palese malafede, alla data in cui il Getty Museum ha comprato la statua non era maturata neanche l'usucapione a favore di *Establissement*.

dd) Il contratto Establissement D.C. – J. Paul Getty Trust

Due sono le teorie che mirano a raccontare il lungo viaggio che ha portato *L'Atleta di Fano* a raggiungere il Getty Museum.

La prima vuole che Giacomo Barbetti, durante il processo, riuscì a vendere l'opera ad un antiquario di Milano, che la vendette nel 1971 a Heinz Herzer, un commerciante di opere d'arte di Monaco di Baviera, che ne curò le prime analisi e restauro.

Costui asserì in più occasioni di avere acquistato la statua per 750.000 marchi e di essere in possesso di tutta la documentazione comprovante la legalità dell'acquisto (ma evidentemente non dei documenti di autorizzazione alla vendita e alla esportazione della statua, bene archeologico, o doganali), supportato in questo da una sentenza del 1974 di un tribunale tedesco che gli confermava la liceità del bene posseduto. Non si possono trascurare, per la rilevanza che le circostanze assumono per la credibilità del soggetto, che questi ebbe a dichiarare alla A.G. di Monaco di Baviera di avere acquistato la statua in Inghilterra da Artemis e che il rappresentante di quest'ultima ha dichiarato alla Ambasciata d'Italia di Londra di avere acquistato la statua da H. Herzer⁹¹.

L'acquisto è avvenuto, secondo il diritto italiano, "*a non domino*" e tale qualificazione dell'atto di acquisto di Establisement D.C., da valutare in base al diritto brasiliano, tedesco e inglese, ha assunto valore nella successiva vendita al J.P. Getty Trust.

La seconda ipotesi prospetta invece che, durante il processo nei confronti dei Barbetti e del sacerdote don Nagni, la statua lasciò Gubbio per essere imbarcata, all'interno di una cassa di medicinali, su una nave diretta verso il nuovo mondo, più precisamente in Brasile, dove un missionario conoscente dei Barbetti accolse e custodì l'opera.

Secondo quanto sostenuto dal J.P. Getty Trust, detentore della statua al momento del giudizio di esecuzione svoltosi innanzi al Tribunale di Pesaro, la statua fu acquistata in Brasile dalla società Establisement DC, sua dante causa⁹².

La difesa del J.P.G. ha prodotto in giudizio, tra gli altri documenti, la lettera firmata dall'avvocato Grimaldi del 4 ottobre 1972, nella quale il legale della società venditrice riferiva che la statua era stata venduta a Establisement D.C. dai Barbetti (in essa si precisa, infatti, che i "venditori" sono stati processati per ricettazione si

⁹¹ Informazione fornita da Rodolfo Siviero in data 7.12.1977 al Pretore di Gubbio.

⁹² La difesa del J.P. Getty Trust alla udienza del 20 aprile 2009 innanzi al GIP di Pesaro ha eccepito «la carenza di giurisdizione della legge italiana, attesa l'esistenza della sentenza della Corte di Cassazione (sez. 2° penale, n. 1231 del 1967 nel procedimento penale a carico di Barbetti Pietro, Barbetti Fabio, Barbetti Giacomo e Nagni Giovanni) relativa al precedente processo di assoluzione dal reato di ricettazione, nel quale è stabilito e definitivamente accertato che la statua è stata rinvenuta in acque non territoriali» per contestare la qualificazione di "bene archeologico" della statua, quale presupposto per la validità dell'atto di acquisto della società sua dante causa dai Barbetti e, conseguentemente, del suo valido acquisto del diritto di proprietà sulla stessa.

tratta, dunque, dei fratelli Barbetti) e che la data della vendita è il 9 giugno 1971 (la circostanza è confermata dal dr. D. Ritter, avvocato in Liechtestein nel parere reso il 17 gennaio 1974 alla società venditrice).

Il contratto non è stato prodotto in giudizio dal J.P.G. che, anzi, ha dichiarato a verbale che non gli era stato consegnato dal venditore, così come non gli era stata consegnata la documentazione doganale di importazione in Brasile della statua e di esportazione dopo la avvenuta vendita.

La data della compravendita è importante, in quanto nel parere il legale italiano sostiene che una delle prove della buona fede di *Establissement D.C.* è data dal fatto di aver acquistato la statua nel 1971 dopo che era intervenuta la sentenza definitiva di proscioglimento.

Il parere del legale della società venditrice solleva una serie di interrogativi su come il J.P.G. possa non essersi avveduto dei palesi segnali di allarme che da esso emergevano per contraddittorietà con la documentazione fornita dalla società venditrice e anche con i dati di fatto dei quali era venuta direttamente a conoscenza. Questa ricostruzione dei fatti non solo non era documentata, ma risultava smentita da Giacomo Barbetti (uno degli asseriti venditori), come documentato nella sentenza del tribunale di Perugia del 1966 (sentenza, peraltro, di proscioglimento), di cui il J.P.G. Museum disponeva.

In detta sentenza (trasmessa dall'avv. Grimaldi al J.P.G. Museum con traduzione in inglese) si dava atto che i Barbetti, dopo avere in un primo momento negato di avere alcun collegamento con la statua, avevano ammesso di averla acquistata da dei pescatori fanesi (dei quali non indicavano i nominativi) che l'avevano ripescata nel Mar Adriatico: in particolare, Giacomo Barbetti aveva ammesso di averla acquistata e di averla venduta a uno sconosciuto di Milano per 4 milioni di lire, dopo averla tenuta in custodia per qualche giorno presso il Nagni (il sacerdote nella cui abitazione era stata nascosta la statua).

Dunque, secondo Giacomo Barbetti, la vendita della statua è intervenuta ben prima del 1971, quando evidentemente non era ancora intervenuta alcuna sentenza di proscioglimento, ma il processo penale era ancora in corso.

Non è poi chiaro se lo sconosciuto di Milano fosse un dirigente della Christie (la quale aveva affidato l'incarico al Grimaldi di prendere

contatto con i Barbetti)⁹³, ma il legale afferma che Establisement D.C. ha comprato dai Barbetti. Non si comprende, quindi, come il J.P.G. Museum non si sia avveduto di questa contraddizione nel parere del legale della società venditrice.

Anche ammettendo che i Barbetti avessero mentito nel processo di Perugia, e che in realtà avessero tenuto il possesso della statua fino alla conclusione del processo, il J.P. Getty non poteva ritenersi in buona fede acquistando la statua da un soggetto che aveva ottenuto un proscioglimento occultando la statua alle autorità inquirenti e mentendo sulla disponibilità della stessa in tempi precedenti.

Anche Establisement D.C. avrebbe dovuto leggere le sentenze sulle quali fondava la sua buona fede.

Un commerciante avveduto, come pretende di essere stato il J.P.G. Museum, avrebbe dovuto chiedere conto di queste palesi incongruenze sui fatti desumibili dalla documentazione trasmessale da H. Herzer con nota 8.07.1977 (indirizzata a Jiri Frel).

Il legale della società venditrice non nasconde la circostanza che “il pezzo”, ossia l’oggetto in trattativa, è stato “oggetto” di un lungo processo in Italia, e ciò doveva chiarire al J.P.G. Museum che la statua in vendita, delle cui condizioni pre-restauro le era stata fornita la fotografia, era proprio quella ripescata al largo di Fano e sulla quale lo Stato italiano aveva attivato varie iniziative recuperatorie provate dalla documentazione prodotta in giudizio dallo stesso museo, e ciò nonostante ha continuato per anni a sostenere la non identità della statua acquistata con il relitto pescato nel Mar Adriatico nel 1964 da ignoti pescatori fanesi.

Se al contratto di acquisto della statua si dovesse applicare il diritto inglese, questo sarebbe nullo in base al *Sale of Goods Act*.

Se, di contro, al contratto di acquisto della statua dovesse applicarsi il diritto statunitense, si perverrebbe alla medesima conclusione di nullità.

Le vicende fattuali relative all’acquisizione da parte del J.P.G. Museum della statua sono fortemente suggestive della posizione psicologica di malafede dell’ente museale al momento dell’acquisto della statua.

In particolar modo, si ritiene fondamentale porre l’accento sulle seguenti circostanze:

⁹³ V. nota 21.

aa) Mutamento delle strategie difensive del Getty Museum riguardo alla proprietà della statua

Tanto J. P. Getty senior⁹⁴ quanto gli altri membri del Board del Getty Museum erano perfettamente consapevoli dell'origine italiana della statua dell'*Atleta vittorioso* e, in modo particolare, della corrispondenza fra il reperto recuperato nel 1964 a Fano dal motoscafo capitanato da Romeo Pirani e la statua acquistata dall'ente museale nel 1977.

Ciò nonostante, la difesa del J.P. Getty Museum è stata per lungo tempo impostata nel senso di negare la corrispondenza fra il bronzo pescato nelle acque dell'Adriatico centrale e quello oggetto della rivendica da parte della Repubblica Italiana.

La pervicacia nel negare l'identità fra le due statue e, dunque, l'interesse a negare la conoscenza dell'origine italiana del reperto, è circostanza di non poco momento, nella misura in cui dimostra che così facendo il Getty Museum ha cercato di escludere tutte le possibili contestazioni in ordine alla consapevolezza della illecita esportazione dall'Italia della statua del Lisippo. Dimostrata la consapevolezza, sin dal momento dell'acquisto, dell'identità del bronzo di Fano con quello acquistato dal Getty Museum, appare chiaro come le strategie difensive originariamente adottate dall'ente museale fossero volte a negare alla radice la possibilità di avanzare, da parte del Governo della Repubblica Italiana, istanze di rivendica del bene in questione.

bb) Modalità di consegna della statua

Le complicate vicende di esportazione della statua (Brasile-Inghilterra-Germania-Inghilterra-USA) e le modalità richieste per la consegna della medesima (negli USA) sono ulteriore prova della malafede dell'ente museale e del tentativo di questo di porre in essere procedure volte a mascherare attraverso il formalismo l'illeceità sostanziale dell'acquisto. Attraverso la previa regolare esportazione dall'Inghilterra verso la Germania, la società venditrice aveva difatti tentato di simulare la legalità della presenza della statua del Lisippo a Monaco di Baviera e di conseguenza "ripulirla" secondo il diritto tedesco. La documentazione presentata ad ogni modo è

⁹⁴ Cfr. Lettera di T. Hoving del 26.06.1973 riprodotta nella nota 27.

volutamente lacunosa nella misura in cui non riesce a fornire (e non potrebbe essere altrimenti) la prova della lecita importazione del bronzo in Inghilterra e in Brasile.

La mancata presentazione della statua alla dogana al momento della introduzione nel Regno Unito mette chiaramente in luce i contorni di un piano volto a dare una parvenza di legalità all'intera operazione, non riuscendo però, e ovviamente, a fornire la prova di quegli elementi che soli determinerebbero la regolarità formale e sostanziale delle vicende di importazione ed esportazione del bronzo del Lisippo.

La stessa puntuale richiesta dell'acquirente di presentare il bronzo alla dogana statunitense e, dunque, di consegnarla in territorio americano prova ulteriormente la malafede dell'ente museale, desideroso di garantirsi la incotrovertibilità dell'acquisto del bronzo e di non incorrere nel reato federale di frode tributaria in relazione allo sgravio fiscale ottenuto a fronte del pagamento per l'acquisto del bronzo di Lisippo.

cc) Lacunosità della documentazione ricevuta dalla società venditrice

La circostanza che non sia stata chiesta la integrazione della documentazione con quella relativa all'atto di acquisto della statua, della documentazione della importazione ed esportazione dal Brasile e dei successivi trasferimenti, prova che in collusione con la società venditrice si è voluta cancellare la prova della illecita importazione o della mancanza di esportazione. Il tutto per coprire il luogo e la data dell'acquisto della statua dopo la sua esportazione illecita dall'Italia.

dd) Garanzia

La mancata comunicazione all'Italia dell'acquisto della Statua entro 43 mesi dalla verifica di cui al punto a) dell'art. 5 (*Delivery*) del Contratto di acquisto⁹⁵ è un elemento ulteriore che prova la malafede del Getty Museum nell'acquisto della statua.

Gli avvocati italiani della società venditrice avevano assicurato che la esportazione della statua era stata autorizzata e la verifica della

⁹⁵ Agreement for sale of work of art, del 27.07.1977 tra PGM e Antiken Herzer & Co., quale agente di Etablissement D.C. del Lichtenstein interamente posseduta dalla Artemis S.A.

circostanza era stata richiesta da J. Paul Getty. La certa smentita della circostanza avrebbe coinvolto la responsabilità della società venditrice e, quindi, il J.P.G. Museum avrebbe perso la statua e in più sarebbe stata soggetta ad azione di danno da parte della società venditrice che avrebbe potuto agevolmente provare la piena conoscenza dell'ente museale delle operazioni di "ripulitura" dell'acquisto illecito.

Al J.P.G. Museum interessava acquisire la statua, in quanto "bene" centrale intorno al quale era stata costruita la "Villa" di Malibou. Alla luce della provata malafede del Getty Museum nelle procedure di acquisto della statua dell'*Atleta vittorioso* di Lisippo, risultano prive di reale rilievo le osservazioni da questi addotte in ordine all'osservanza della *due diligence*.

Difatti, la corretta adesione alle ordinarie procedure di *due diligence* (che pure, come si vedrà appresso, il Getty non ha osservato), avrebbe assunto rilievo solamente nell'ipotesi in cui l'ente museale si fosse trovato in uno stato di effettiva inconsapevolezza in ordine alla provenienza della statua e alla sua esportazione illecita.

Al contrario, disquisire di *due diligence* a fronte di un elemento soggettivo di malafede comprovata non ha senso se non quello di dimostrare in modo ancora più evidente la malafede dell'acquirente, che ha tentato di simulare, attraverso la formalistica (e, pur tuttavia, del tutto parziale) adesione alle prescrizioni del diritto statunitense in materia di acquisti di opere d'arte, la propria buona fede.

Così, in primo luogo, assolutamente inconsistenti sono le considerazioni secondo le quali "le dichiarazioni rese da un mandatario nell'ambito del rapporto di rappresentanza del mandante sono considerate rese dal mandante stesso purché il mandatario sia effettivamente o apparentemente autorizzato a prestarle, così come le altre azioni intraprese da un mandatario che agisce in virtù di poteri effettivi o apparenti sono attribuite al mandante", con la conseguenza che "le dichiarazioni rese dall'avv. Manca nell'interesse dei venditori valgono come dichiarazioni rese dai venditori stessi"⁹⁶. Nessuno nega, infatti, che questa sia la disciplina dettata in materia di mandato dal diritto statunitense e che le affermazioni dell'avv. Manca (o piuttosto del Grimaldi) in ordine alla libera circolazione e libera vendita della statua dell'*Atleta vittorioso* siano direttamente riferibili al venditore.

⁹⁶ Tutte le dichiarazioni sono tratte dal parere *pro veritate* di Demorah Demott prodotto in giudizio dai difensori del J.P. Getty Trust e fatte proprie dall'ente museale americano.

D'altra parte, però, l'affidamento che il J.P.G. Trust sostiene di aver fatto su tali dichiarazioni non è compatibile con il provato stato di malafede dell'ente museale, edotto delle illecite vicende relative alla esportazione della statua. Si consideri peraltro che, a tacer d'altro, le dichiarazioni dei legali del venditore avevano a che fare unicamente con vicende legate alla titolarità del bene, non affrontando specificamente le questioni relative alla eventuale illegale esportazione del bene medesimo.

Né rileva la considerazione secondo la quale “come legale del venditore, l'avv. Manca era fortemente motivato a esporre i fatti in modo attento e preciso; non solo era un avvocato di chiara fama, ma per la legge statunitense l'avv. Manca sarebbe stato potenzialmente tenuto a rispondere per false dichiarazioni circa i fatti su cui l'acquirente avesse poi fatto affidamento, a norma del *Restatement (Second) of Torts* § 552 (1997)”.

In sede giudiziaria non si discuteva infatti della consapevolezza o meno che il Manca avesse potuto avere in ordine alle vicende illegali di esportazione della statua, bensì della consapevolezza che il Getty Museum aveva della violazione della legislazione italiana sui beni culturali.

In altri termini, la eventuale consapevolezza del legale dei venditori di fornire informazioni false nulla toglie e nulla aggiunge in ordine all'elemento soggettivo con il quale il museo ha acquistato la statua. La circostanza rileva semmai sotto altri profili.

Nell'ipotesi in cui il mandatario del venditore fosse effettivamente a conoscenza delle violazioni della legge italiana determinate dall'esportazione della statua, e avesse volontariamente dichiarato il falso, verrebbe a essere ulteriormente provato lo schema simulatorio posto in essere dal museo.

Quanto all'ipotesi in cui il mandatario fosse in buona fede in ordine alle dichiarazioni rese, invece, ne risulterebbe l'estraneità del Manca al tentativo del Getty di simulare un valido acquisto, fermo restando che l'indagine in ordine allo stato psicologico dell'acquirente non sarebbe in alcun modo modificato da tali considerazioni. È anche vero che “per la legge statunitense l'avv. Manca sarebbe stato potenzialmente tenuto a rispondere per false dichiarazioni circa i fatti su cui l'acquirente avesse poi fatto affidamento”, ma, come risulta dalla lettera della norma, la possibilità di invocare il contenuto di tutela è subordinato all'“affidamento” dell'acquirente. Di talché, se, come pare più che plausibile ritenere, il Manca era consapevole del progetto simulatorio posto in essere dal Getty

Museum, egli era altresì consapevole che l'affidamento del Getty non poteva discendere dalle sue dichiarazioni, con conseguente impossibilità di alcun tipo di pretesa risarcitoria da parte dell'ente museale. Peraltro, anche nell'ipotesi in cui il Manca non fosse stato parte del piano simulatorio predisposto dal Getty Museum e avesse autonomamente deciso, ad esempio per facilitare la conclusione dell'affare e procurarsi un profitto, di fornire informazioni false o negligenti, potrebbe affermarsi che è proprio in ragione della consapevolezza da parte del Manca del piano del Getty Museum e della sua malafede che il legale ha deciso di adottare tale condotta, confidando che il Getty Museum, in ragione della mancanza di buona fede nell'acquisto, nulla avrebbe potuto rivendicare nei suoi confronti.

Parimenti irrilevante è sostenere, alla luce della provata malafede del Getty Museum, che le disposizioni statunitensi in materia di mandato sono finalizzate, tra l'altro, a ridurre i costi delle transazioni commerciali, risparmiando alla parte acquirente un'attività di *discovery* circa le qualità giuridiche e lo *status* del bene venduto che potrebbe far incrementare il prezzo dello scambio.

Nel caso di specie, il sovrappiù d'indagine richiesto al Getty Museum era costituito da attività di assai semplice esecuzione, segnatamente la verifica dell'esistenza del contratto citato dal Manca al momento dell'acquisto e il contatto con le autorità italiana al fine di verificare l'eventuale interessamento di queste ultime a procedere con la rivendica del bene.

D'altra parte, anche la *ratio* della disciplina statunitense in materia di mandato non può non essere contestualizzata rispetto alle circostanze fattuali della vicenda che qui ci occupa.

Occorre difatti ricordare che il Getty Museum si accingeva ad acquistare un'opera di rilevante valore economico ed aveva l'intendimento di ottenere la detrazione fiscale del corrispettivo pattuito, con la conseguenza che le ulteriori attività di indagine richieste ai fini dell'integrazione dell'obbligo di *due diligence* non risultano affatto sproporzionate rispetto al fine perseguito dalla legge americana di salvaguardare l'economicità delle transazioni. Ancora una volta, pertanto, appare chiaro come il Getty Museum abbia agito nel rispetto formalistico della disciplina normativa, affidandosi alle dichiarazioni del mandatario in modo tale da poter invocare, a fronte di eventuali rivendicazioni, il rispetto delle regole in materia di *due diligence* e dei principi che sovrintendono all'acquisto in buona fede.

La verità è che il Getty Museum era a conoscenza del fatto che se avesse richiesto la produzione di evidenze documentali a conferma delle statuizioni del Manca (o del Grimaldi!), legale del venditore, non avrebbe comunque potuto ottenerle, in ragione del fatto che la licenza d'esportazione del bene non era mai stata rilasciata.

Parimenti, la richiesta di chiarimenti da parte dell'autorità italiana avrebbe facilmente reso palese la volontà di queste ultime di rientrare in possesso del bene, impedendo di fatto al Getty Museum di portare a termine l'acquisizione della statua.

Il comportamento volutamente omissivo dell'ente museale, che si è deliberatamente sottratto al compimento di semplici attività, che sarebbe persino pretenzioso definire "d'indagine", dimostra la dissimulata malafede che ha inequivocabilmente orientato l'agire del museo.

ee) La mancata osservanza degli standards di "due diligence"

Ricordando dunque la superfluità dell'accertamento dell'osservanza delle norme sulla *due diligence* una volta provata la malafede soggettiva del museo, si procede ora a dimostrare come, quand'anche il museo non fosse stato effettivamente a conoscenza delle illecite vicende di esportazione internazionale dell'*Atleta vittorioso* Lisippo, le indagini compiute sarebbero comunque state inidonee a garantire un acquisto conforme agli standards statunitensi in materia di *due diligence*.

Si deve in primo luogo rilevare che il diritto statunitense in materia di trasferimenti di opere d'arte è estremamente scarso, sia per quel che riguarda lo *statutory law* sia per quel che concerne le decisioni giurisprudenziali.

In particolare, il diritto vivente dello Stato della California non registra decisioni in materia di valido trasferimento di opere d'arte, cosicché i principi generali che sovrintendono la materia devono essere necessariamente recuperati *aliunde*, segnatamente da decisioni rese dalle Corti dello Stato di New York. Da queste si ricava che quattro generali principi regolano la compravendita di opere d'arte: 1) anche alle opere d'arte trova applicazione la disciplina ordinaria dei *contracts* (*Estate of Friedman*, 64 A.D.2d 70, 407 N.Y.S.2d 999 (1978)); 2) nel caso in cui l'opera d'arte sia rubata, l'acquisto in buone fede non è comunque idoneo a conferire *good title* all'acquirente (*O'Keeffe v. Snyder*, 83 N.J. 478, 488, 416 A.2d 862 (1980)); *Accord DeWeerth v. Baldinger*, 836 F.2d 103, 106 (2nd Cir.1987), *cert. denied* 486 U.S. 1056, 108 S.Ct. 2823, 100

L.Ed.2d 924 (1988); *Guggenheim Foundation v. Lubell*, 153 A.D.2d 143, 550 N.Y.S.2d 618, 619-23 (1990); 3) anche le opere d'arte sono sottoposte alla generale disciplina applicabile alla consegna di beni mobili (*Mucha v. King*, 792 F.2d 602 (7th Cir. 1986); 4) alle transazioni in materia di opere d'arte si applicano le disposizioni dello *Uniform Commercial Code* e simili codici prodotti a livello dei singoli Stati.

A questo specifico riguardo, la disposizione fondamentale, che costituisce l'impalcatura normativa alla base dell'intero sistema che sovrintende alla traslazione dei diritti di proprietà su opere d'arte, è costituita dalla norma di cui al paragrafo 2-403 dello *Uniform Commercial Code*, alla luce del quale «il trasferimento del possesso di un bene a un commerciante che tratti beni dello stesso tipo conferisce al commerciante la facoltà di trasferire tutti i diritti del cedente sul bene e di cedere il bene stesso libero da qualsivoglia diritto del cedente a un acquirente nell'ambito dell'ordinaria attività».

La definizione dell'acquirente nell'ambito dell'ordinaria attività è a sua volta fornita dalla disposizione di cui al paragrafo 1.201 (b) 9 dello *UCC*, secondo il quale l'acquirente «acquista un bene in buona fede, senza essere a conoscenza del fatto che la vendita viola i diritti di terzi sul bene, e nell'ambito dell'ordinaria attività da una persona, diversa da un prestatore di pegno, che si occupa della vendita di beni di quel genere».

A sua volta, una vendita può definirsi “nell'ambito dell'ordinaria attività” quando è conforme alla prassi normale o consueta del settore in cui opera il venditore ovvero alla prassi normale o consueta del venditore.

Affinché possa rilevarsi la buona fede è poi necessario che il commerciante operi «di fatto con onestà e nell'osservanza di standard ragionevoli di correttezza commerciale», secondo la lettera del paragrafo 1-201 (b) (20).

Il codice peraltro distingue fra due diverse ipotesi di acquisti in buona fede. La prima, riguarda le transazioni compiute da soggetti “non commercianti”; la seconda, invece si occupa di transazioni le cui parti “siano entrambe operatori attivi nel settore commerciale”. Più precisamente, il diverso e più rigoroso standard, come appresso si vedrà, trova applicazione nei confronti di quei commercianti che operano nel medesimo settore merceologico, identificato nel caso di specie come il settore delle opere d'arte e dei reperti antichi.

Nel 1977, data nella quale il Getty Museum è entrato in possesso del bronzo del Lisippo, un commerciante poteva dirsi acquirente in buona fede laddove avesse acquistato con “onestà di fatto” e “osservanza di standard ragionevoli di correttezza commerciale del settore”. Al contrario, per un soggetto non riconducibile alla categoria dei commercianti operativi nel medesimo settore merceologico, la prova della buona fede richiedeva semplicemente l’esistenza di “onestà di fatto”.

La definizione di commerciante fornita dallo *Uniform Commercial Code* dichiara tale colui che «tratta beni dello stesso tipo o che dichiara con la propria attività di possedere le conoscenze o competenze specifiche in ordine alla prassi o ai beni oggetto della transazione».

Il J.P. Getty Museum rientra a pieno titolo nella definizione di commerciante fornita dalla legislazione statunitense; difatti, pur non trattandosi di ente il cui scopo consiste nella commercializzazione di opere d’arte, bensì di ente volto alla promozione della cultura e alla diffusione delle arti, è pur sempre vero che tale *mission* non potrebbe essere realizzata se non attraverso competenze e conoscenze specifiche, volte a selezionare e opportunamente valorizzare le collezioni acquisite.

Tale circostanza non è contestata e d’altra parte in tale direzione milita anche la prevalente giurisprudenza. (*Accord, Brown v. Mitchell-Innes & Nash Inc.*, (S.D.N.Y., 24 aprile 2004).

A questo punto si tratta di attribuire un contenuto specifico alla nozione di buona fede.

Se è vero che la conoscenza dell’esistenza di diritti altrui su un’opera d’arte esclude alla radice la possibilità che l’acquisto si sia perfezionato in buona fede (e, dai fatti suesposti, appare chiaro che il Getty Museum fosse a conoscenza dell’esistenza di diritti altrui sulla statua dell’*Atleta vittorioso*), è anche vero che il dubbio in ordine all’esistenza di tali diritti obbliga l’acquirente a un sovrappiù di *due-diligence*, al fine di meglio investigare l’esistenza di eventuali titolarità altrui sui beni mobili oggetto del contratto. Il Getty Museum sembra invece aver applicato, nel valutare la dovuta *due diligence* nell’acquisto, gli standard che sarebbero ordinariamente applicabili nel caso in cui la transazione non avesse presentato alcun profilo di criticità.

In questi casi, per quanto criticabile e criticata anche dagli operatori del settore, la prassi statunitense prevede il pieno affidamento, da parte dei compratori, rispetto alle dichiarazioni dei venditori. Il che risulta con chiarezza dalla sentenza *Lindholm*, alla luce

della quale «*It is not customary for sophisticated buyers and sellers to obtain a signed invoice from the original seller to the dealer prior to a transaction, nor is it an ordinary or customary practice to request the underlying invoice or corroborating information as to a dealer's authority to convey title. Moreover, it is not customary to approach the owner of an artwork if the owner regularly worked with a particular art dealer because any inquiries about an art transaction customarily are presented to the art dealer rather than directly to the principal. It is customary to rely upon representations made by respected dealers regarding their authority to sell works of art. A dealer customarily is not required to present an invoice establishing when and from whom he bought the artwork or the conditions of the purchase*».

Ma questo è il modo di procedere in transazioni che potrebbero definirsi ordinarie, mentre vi sono casi in cui è necessario procedere in modo diverso e, segnatamente, caratterizzati da maggiori cautele. Che lo standard riferito in *Lindholm* trovi applicazione alla maggior parte delle transazioni, in altre parole, non significa che detto standard debba applicarsi a tutte le transazioni. Ciò risulta con chiarezza anche dalle poche sentenze esistenti in materia. Nel caso *Morgold* la *District Court* californiana ha sottolineato che «un commerciante d'arte deve compiere azioni ragionevoli per verificare la titolarità di un dipinto, in particolar modo quando vi siano segnali d'allarme con riguardo alla transazione» (*a dealer in art must take reasonable steps to inquire into the title to a painting, particularly if there are warnings that something is wrong with a transaction – Morgold, 891 F. Supp 1368*).

Questa impostazione trova conferma nella più risalente giurisprudenza. Così, ad esempio, in *Porter v Wertz*, la Corte Suprema ha affermato che la nozione di buona fede nell'ambito di transazioni commerciali fra persone che operano nel medesimo settore merceologico (si trattava anche in questo caso di opera d'arte), è soddisfatta dal rispetto di standard commerciali ragionevoli del settore, ma che in nessun modo ciò consente di avallare pratiche che trascurino o risultino indifferenti in ordine alla provenienza del bene. Nel caso di specie si è sottolineato «*The Uniform Commercial Code defines "good faith" in the case of a merchant as "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade". Although this definition by its terms embraces the "reasonable commercial standards of fair dealing in the trade", it should not – and cannot be – interpreted to permit, countenance or condone*

commercial standards of sharp trade practice or indifference as to the "provenance", i.e., history of ownership or the right to possess or sell an object d'art 68 A.D.2d 141, 416 N.Y.S.2d 254, 26 UCC Rep.Serv. 876 (Sup. Ct. 1979)».

Ancora, secondo la Corte, quando sussistano dei dubbi in ordine alla provenienza o alla titolarità di una certa opera, l'acquirente non è esentato dall'onere di svolgere indagini ulteriori (nel caso specifico si contestava all'acquirente di non aver neppure compiuto una telefonata per verificare la veridicità delle qualità soggettive del venditore: «*Because a simple telephone call would have revealed the fact that the defendant was not an art merchant, thereby leading to doubt that would have required further verification, the court concluded that the buyer could not claim buyer in the ordinary course of business status* 68 A.D.2d 141, 416 N.Y.S.2d 254, 26 UCC Rep. Serv. 876 (Sup. Ct. 1979)».

I giudici fanno leva sulla semplicità dell'azione richiesta, che non appare dissimile dal surplus di *due diligence* che sarebbe stato richiesto al Getty Museum ai fini dell'acquisto della statua (segnatamente il prendere contatto con le autorità italiane per acquisire ulteriori informazioni sull'opera).

Sulla stessa linea di pensiero è anche possibile citare il caso *Cantor & Anderson*, definito dalla Corte distrettuale per lo Stato di New York, ove ancora una volta, viene posta l'attenzione sulle circostanze particolari in cui un determinato acquisto avviene, che, laddove suggestive di rischi in ordine all'esistenza di un *good title* per l'acquisto, pongono sull'acquirente un obbligo di approfondimento e di indagine ulteriore rispetto a quanto comunemente richiesto. (*The circumstances surrounding the delivery of the Renoir placed a duty upon Cantor to inquire into the painting's ownership – Cantor v Anderson* 639 F. Supp. 368 (1986)).

Il caso è di particolare interesse ai fini della presente analisi perché la Corte ha ritenuto che un obbligo di indagine ulteriore fosse necessario nonostante la circostanza che il venditore fosse un mercante d'arte con il quale l'acquirente aveva già svolto un numero significativo di transazioni (e dunque, presumibilmente, persona di fiducia).

Tale considerazione smentisce le osservazioni del J.P.G. secondo le quali chi acquista da uno stimato mercante d'arte è sempre e comunque esentato dal compimento di ulteriori attività di *due diligence*. Al contrario, sono le circostanze del caso che devono

orientare l'acquirente in ordine al grado di indagine richiesto, a prescindere da qualsiasi considerazione di tipo formalistico circa l'affidabilità e l'esperienza del professionista da cui si acquista.

Da ultimo, può ricordarsi la sentenza resa dalla District Court dello Stato di New York in *Howley v Sotheby's, Inc.*, nella quale i giudici hanno ritenuto che a fronte di circostanze sospette l'acquirente è tenuto a compiere un'indagine scrupolosa in ordine all'esistenza di un titolo valido per l'acquisto. (*The court found that the circumstances surrounding the purchase of the lithograph were such that the defendant, an art dealer, was obligated to investigate the transaction scrupulously to insure its legitimacy. Because the purchaser did not investigate the transaction, as he was obligated to do, he was liable to the plaintiff for conversion of the lithograph.*). E ancora: «*a professional art dealer should have been scrupulously concerned with taking proper title in anything he purchases*» In conclusione, la regola che si può trarre dalle pronunce giurisprudenziali sopra citate e confermate nel caso *Lindholm v Brant*, è che ogniqualvolta un certa transazione, in ragione delle circostanze che la caratterizzano, possa far sorgere dei dubbi circa la legittimità della transazione medesima, l'acquirente-commerciantе è tenuto a svolgere analisi più approfondite di quelle che sarebbero normalmente richieste. (*We agree with these courts that a merchant buyer has a heightened duty of inquiry when a reasonable merchant would have doubts or questions regarding the seller's authority to sell. We further conclude that the steps that a merchant must take to conform to reasonable commercial standards before consummating a deal depend on all of the facts and circumstances surrounding the sale*" (*Lindholm v. Brant, 925 A.2d 1048 (Conn. 2007)*).

Alla luce della cornice giuridica sopra delineata è necessario dunque valutare il comportamento del Getty Museum.

Fermo restando quanto sopra osservato, segnatamente la conoscenza effettiva da parte dell'ente museale della provenienza della statua, il J.P.G. nel procedere all'acquisto ha comunque violato i suoi obblighi di *due diligence*, con la conseguenza che, anche laddove si volesse ritenere non provata la effettiva conoscenza da parte del Getty delle vicende di esportazione illecita dell'opera del Lisippo, non si potrebbe comunque considerare gli acquirenti come in buona fede a norma dello *UCC*.

Interrogativo fondamentale al quale bisogna fornire risposta è il seguente: i) esistevano ragioni o circostanze relative all'acquisto

della statua che potessero considerarsi alla stregua di “segnali d’allarme”, tali da imporre al museo una valutazione più approfondita in ordine all’esistenza del *good title* e della regolare esportazione del manufatto? ii) e, in questo caso, può dirsi che il museo ha provveduto a compiere un’indagine scrupolosa su questo versante? Le modalità dell’acquisto della statua costituiscono chiari segnali di allarme che il museo avrebbe dovuto tenere in considerazione nello scegliere lo standard di *due diligence* opportuno.

In primo luogo, non può non ricordarsi come J. Paul Getty avesse espressamente posto delle condizioni all’acquisto della statua, così come riportato nella testimonianza dell’allora direttore del Metropolitan Museum Tom Hoving, al quale questi aveva dato mandato di negoziare con Herzer e la società Artemis l’acquisto della statua.

Secondo quanto riportato dall’Hoving, J.P.G. indicò il prezzo d’acquisto in 3,5 milioni di dollari, richiedendo però la previa acquisizione delle autorizzazioni scritte da parte delle autorità italiane. Ciò in ragione del fatto che il J.P.G. era consapevole della provenienza italiana della statua e delle vicende legate alla sua esportazione e parimenti era a conoscenza dei procedimenti penali avviati in Italia in relazione al reperto.

J.P.G. voleva essere sicuro di acquistare un oggetto d’arte non rivendicabile dall’Italia e aveva chiesto espressamente la verifica della legittimità dell’uscita dall’Italia ai suoi avvocati e lo aveva chiesto anche al Metropolitan Museum di New York.

J.P.G., in altre parole, aveva correttamente individuato le problematiche dell’acquisto e i “segnali dall’allarme” relativi alla transazione in esame, attrezzandosi per porre in essere quelle ulteriori attività che, se compiute, avrebbero in effetti dimostrato l’assenza di un *good title*.

Questa circostanza costituisce senz’altro un segnale d’allarme per un ente museale, soprattutto in considerazione del fatto che si trattava dell’indicazione fornita dal fondatore di un Trust, e dunque dal soggetto responsabile anche economicamente del funzionamento dell’ente, ai membri del Trust medesimo.

Di tutto ciò i membri del Trust non potevano non essere a conoscenza, come risulta chiaramente anche dalla corrispondenza intercorsa fra David Carritt e Thomas Hoving, datata 25 giugno 1973 (*The conclusion of this purchase by Mr Getty is subject to review and approval of the Metropolitan Museum’s counsel and Mr Getty’s*

counsel with respect to such legal points as may require qualification or documentation).

La circostanza è ancora più eclatante ove si consideri che T. Hoving aveva già incaricato, a suo tempo, un legale (Herbert Brownell) di acquisire le necessarie autorizzazioni liberatorie da parte delle autorità italiane per l'acquisto della statua, di talché sarebbe stato estremamente semplice, per il Getty, procedere per quella via, considerando che alcuni preliminari passi erano già stati compiuti. Vero è che di regola, quando l'opera d'arte è acquistata da galleristi rispettabili, un sovrappiù di *due diligence* non è richiesto nella prassi commerciale statunitense (in questo senso, ad esempio, *Lindholm v. Brant*, sopra citato), ma non può certo sfuggire come anche la prassi commerciale non possa sottrarsi a una valutazione che tenga conto delle circostanze del caso concreto. Di talché, se può ritenersi che in circostanze normali l'aver acquistato da un venditore stimato possa costituire un'esenzione rispetto a indagini ulteriori, non così quando il fondatore di un museo, consapevole dell'identità della galleria d'arte dalla quale il bene proveniva, consigliava comunque attività di indagine in merito.

Ciò è sufficiente a provare la violazione del corretto grado di *due diligence* richiesto all'acquirente.

Altre circostanze note al museo costituiscono segnali d'allarme ulteriori che l'ente statunitense avrebbe dovuto prendere in considerazione per scegliere il giusto grado di *due diligence* da usare per l'acquisto della statua dell'Atleta vittorioso di Lisippo.

In primo luogo, si deve rilevare il fatto che Jily Frel, archeologo curatore del J.P. Getty Museum, era stato il primo archeologo americano a prendere visione della statua non ancora restaurata, ancora coperta di incrostazioni marine (nel 1972, presso la sede dell'antiquario Heinz Herzer).

La circostanza non è di poco conto, allorché prova inequivocabilmente che il Frel era a conoscenza del fatto che la statua in esame non era parte di una collezione storica, ma al contrario era stata recentemente recuperata, verosimilmente estratta illecitamente da un ambiente nel quale era stata immersa.

Questo fatto, costituisce senz'altro un segnale dall'allarme che il museo avrebbe dovuto tenere in considerazione al momento dell'acquisto e che avrebbe reso necessarie indagini ulteriori.

Altre vicende fattuali, delle quali il museo era a conoscenza, avrebbero consigliato attività di *due diligence* ulteriori.

Fra queste anche la circostanza che il bene era stato introdotto in Brasile all'interno di una cassa di medicinali, con il fine specifico di occultarlo e di nascondere la provenienza illecita. Il museo, consapevole di tale vicenda fattuale, quand'anche (e così non è) non fosse a conoscenza delle vicende illegali di circolazione della statua, non avrebbe potuto trascurare una tale circostanza, e avrebbe dovuto chiedere perlomeno la prova della regolare importazione attraverso la dogana brasiliana.

Anche la complicata serie di vicende di esportazione che ha coinvolto la statua, di cui si è detto in precedenza ai fini della prova della malafede del Getty Museum, costituisce un chiaro segnale d'allarme che l'ente museale non avrebbe dovuto trascurare.

Il museo era a conoscenza del fatto che la statua era transitata per il territorio italiano e gli acquirenti erano a conoscenza del fatto che il bene era stato acquistato in Brasile (tale informazione è stata espressamente fornita al Getty Museum dai legali rappresentanti della società venditrice). La mancata consegna di una regolare licenza di importazione al momento dell'acquisto della statua avrebbe dovuto costituire un campanello d'allarme non solo in quanto tale, ma soprattutto alla luce delle complesse vicende di esportazioni transfrontaliera della statua (che è transitata in diversi paesi).

Inoltre, il fatto che la documentazione per l'esportazione fosse incompleta e lacunosa (sebbene non del tutto assente) avrebbe dovuto mettere il museo in ulteriore allarme.

Altro, infatti, è sostenere che la prassi statunitense non richiede che al venditore sia chiesta la produzione della documentazione (relativa a titolo e provenienza) di un determinato bene, altro è la presentazione di una documentazione parziale, che risulta priva proprio di quei documenti che servirebbero a dimostrare la legittimità dei profili critici nelle vicende di circolazione internazionale della statua.

Per quale motivo, detto in altre parole, il museo si è procurato una regolare licenza di esportazione dall'Inghilterra alla Germania e una regolare licenza di importazione negli Stati Uniti, ma non ha usato la stessa cura e lo stesso zelo nell'acquisire prova della regolarità anche delle altre vicende di esportazione/importazione della statua?

Qualora non si volesse ritenere che ciò sia prova della malafede dell'ente museale, sarebbe comunque lecito affermare che tale circostanza avrebbe dovuto porre il museo in allarme in ordine alle ragioni per cui la società venditrice aveva fornito solo parte della documentazione doganale.

Tale “segnale di allarme”, a sua volta, avrebbe imposto al museo, in base alla giurisprudenza citata in precedenza, lo svolgimento di un’ulteriore attività di *due diligence*, nel caso di specie volta ad acquisire prova della documentazione mancante e comprovante la supposta legittima esportazione dell’opera del Lisippo.

Ulteriore campanello d’allarme, che avrebbe dovuto porre il museo in allerta, è costituito dalla lunga serie di vicende giudiziarie che ha costellato l’intera storia del bronzo del Lisippo, dal suo ritrovamento a oggi. Vero è che il museo si era procurato le sentenze di assoluzione del Barbetti e del Nagni in ordine al reato di ricettazione, ma è altresì vero che tali sentenze non provano la buona fede del Getty Museum al momento dell’acquisto del bene, per due ordini di ragioni: in primo luogo, in ragione del titolo in base al quale l’assoluzione è stata pronunciata: la Corte d’Appello di Roma in data 8 Novembre 1970 aveva pronunciato sentenza di assoluzione in ragione dell’impossibilità di raggiungere la piena prova sul luogo di ritrovamento della statua, e, segnatamente, se la statua dell’*Atleta vittorioso* fosse stata rinvenuta in acque territoriali o in acque internazionali. L’assoluzione, dunque, si basava sull’impossibilità di chiarire un dubbio, non già sull’accertamento incontrovertibile di una verità ed è lecito ritenere che l’incertezza di fondo alla base dell’assoluzione avrebbe dovuto, comunque, costituire un motivo di cautela da parte dell’ente museale, spingendolo a compiere ricerche ulteriori.

In secondo luogo, la Cassazione, in sede di rinvio, aveva rilevato anche il difetto di prova circa la natura di bene di interesse storico ed archeologico dell’opera, che non era stata esaminata da alcuno, dato che all’epoca non era stata acquisita neppure una sua fotografia. Anche tale motivo non incide in alcun modo sulla prova della buona fede dell’ente museale, la cui condotta appare ancora una volta orientata a preconstituire formalisticamente una parvenza di procedura conforme alle regole.

Al momento dell’acquisto, infatti, il J.P. Getty Trust era a conoscenza dell’identità fra la statua pescata nella acque fanesi e quella vendutagli dalla società H. Herzer & Co., con la conseguenza che anche i rilievi svolti dalla Corte di Cassazione dovevano risultare inidonei a fondare la sicurezza del Trust in ordine alla bontà del suo acquisto. D’altra parte, come si rileva dalla testimonianza di Stephen Clark, queste preoccupazioni erano già ben presenti al fondatore del museo.

La preoccupazione di J.Paul Getty era che l'assoluzione in Cassazione era stata fondata sul fatto che la statua non era mai stata acquisita al processo come prova.

Il fondatore del Trust, che pure era a conoscenza delle sentenze di assoluzione degli imputati per il processo di ricettazione, non le aveva comunque ritenute sufficienti e aveva chiesto assicurazioni ulteriori. Anche questo elemento, volontariamente trascurato dal museo al momento dell'acquisto, avrebbe richiesto una *due diligence*. Altro infatti è acquistare un bene in relazione al quale non si ha notizia di alcun provvedimento giudiziario o di alcuna vicenda di contestazione della titolarità, altro è acquistare un bene oggetto di procedimenti giudiziari conclusi con provvedimenti che, sebbene di assoluzione, non contribuiscono a chiarire, per insufficienza delle prove o per mancata acquisizione al processo di alcune prove, lo *status* giuridico del bene medesimo.

Anche laddove si volesse sostenere che le sentenze di assoluzione pronunciate con riguardo al reato di ricettazione costituiscano una valida rassicurazione in ordine alla bontà dell'acquisto compiuto dal Getty, rimane evidente che esse sono totalmente irrilevanti in ordine al reato di esportazione clandestina della statua.

In nessun modo, dunque, il Getty avrebbe potuto trarre conseguenze in ordine alle vicende di esportazione della statua all'estero dalle sentenze sopracitate.

D'altra parte, come già notato, nell'ordine di confisca emesso dal Tribunale di Pesaro in data 11 Febbraio 2011, «tale diversità di reati e di presupposti era del resto ben nota ai legali di Herzer/Artemis che, pur rassicurando i futuri acquirenti circa l'assenza di azioni e di qualsiasi interesse da parte dell'autorità italiana, si ponevano, comunque, il problema di eventuali rivendicazioni da parte dello Stato italiano, indipendentemente dalla sentenza di assoluzione, qualora fosse stata accertata l'identità tra il bronzo in questione e quello rinvenuto in Italia, ma sostenevano che tale prova era pressoché impossibile e che, di conseguenza, il Getty Museum non aveva alcun motivo di preoccuparsi, perché la sentenza era passata in giudicato e i loro clienti Herzer e Artemis avevano acquistato il bene in modo legittimo e in buona fede dopo l'assoluzione dei venditori. La difesa del museo nega in qualche modo che la circostanza della diversità dei reati e delle azioni penali promosse possa assumere rilievo ai fini del procedimento in esame». Nella fattispecie, si è affermato che «A nulla rileva che tali decisioni

(le sentenze di assoluzione) riguardavano condotte illecite completamente diverse, in particolare il reato di ricettazione in relazione al furto di opere d'arte dello Stato ex art. 67 Legge n. 1809 del 1939. Se anche le autorità italiane dell'epoca non avevano ravvisato altre ipotesi di reato, quel che il Gip vorrebbe sostenere è che Paul Getty sr prima e il Getty Trust poi avrebbero dovuto ipotizzare ed antecedere nuove e diverse fattispecie perseguibili che avrebbero potuto in astratto compromettere la regolarità della transazione».

La considerazione in questione appare insostenibile perché era stato lo stesso J.P.G., come si legge peraltro nell'ordinanza del Tribunale di Pesaro, a ipotizzare profili di illiceità relativi alla circolazione internazionale della statua («J. Paul Getty [...] aveva chiesto di accertare le modalità di uscita del bene dall'Italia»).

Parimenti irrilevanti, ai fini della prova dell'osservanza della *due diligence* da parte del museo, la circostanza del provvedimento di dissequestro della statua, da parte dell'autorità giudiziaria tedesca, nei confronti di Herzer e il diniego di estradizione.

Il diniego dell'A.G. di Monaco di Baviera di dare seguito alla rogatoria del Pretore di Gubbio era stato, infatti, adottato in ragione del fatto che il reato contestato ("esportazione illecita") non prevedeva l'extradizione verso l'Italia. Le considerazioni del J.P.G.T. secondo le quali "le indagini delle autorità tedesche portarono alla determinazione che il bronzo potesse essere legalmente venduto in Germania" appaiono fondate su considerazioni di tipo meramente formalistico. Le ragioni per cui l'autorità giudiziaria tedesca non ha dato corso alla richiesta contenuta nella rogatoria internazionale nulla hanno a che vedere con elementi di ordine sostanziale della vicenda, quali ad esempio accertamenti in ordine all'effettiva titolarità o provenienza della statua, che in Germania semplicemente non sono state compiute.

In altre parole, il Getty Museum si è focalizzato solamente su un aspetto di una complessa vicenda giudiziaria (il provvedimento finale dell'autorità tedesca), perdendo di vista la prospettiva d'insieme, segnatamente l'esistenza di un procedimento penale avviato davanti al Pretore di Gubbio per esportazione clandestina.

Su questo aspetto generale, e non già su un provvedimento meramente processuale di un'autorità straniera, il museo avrebbe dovuto focalizzare l'attenzione, pervenendo alla conclusione, che appare scontata, che l'esistenza di un procedimento penale avviato da un'autorità giudiziaria straniera costituisce senz'altro uno dei

campanelli d'allarme che avrebbero imposto al museo obblighi di *due diligence* ben più permeanti di quelli ordinariamente previsti nel caso di transazioni che non presentino i profili di criticità propri del caso in esame.

6.3. *La Convenzione UNESCO del 1970*

La Convenzione⁹⁷ fa leva principalmente su misure a carattere preventivo, che devono essere attuate ad opera di ciascuno Stato a salvaguardia del proprio patrimonio culturale. La tutela si articola nella creazione di servizi nazionali per la protezione del patrimonio culturale e nel controllo sulle esportazioni.

In base all'art. 5, gli Stati si impegnano a istituire nel proprio territorio uno o più servizi, se questi non ancora esistono, e nel modo che ciascuno ritiene più appropriato, con varie funzioni indicate nello stesso articolo, tra cui quella di redigere e tenere aggiornato un inventario e una lista di beni pubblici e privati particolarmente importanti la cui esportazione costituirebbe un notevole impoverimento del patrimonio culturale nazionale (lett. b).

Per quanto riguarda i beni archeologici, la redazione di un inventario e di una lista di beni pubblici presuppone il loro preventivo rinvenimento e studio e, quindi, se la disposizione fosse da ritenere essenziale per l'applicazione della Convenzione, risulterebbe scoperta una categoria di beni di assoluta rilevanza per la conoscenza della civilizzazione umana (i reperti archeologici non ancora rinvenuti) e la disposizione sarebbe contraddittoria rispetto alla definizione di bene culturale di cui all'art. 1, lett. c): "il prodotto di scavi archeologici (regolari e clandestini) e di scoperte archeologiche", nonché limitativa degli obblighi degli Stati membri derivanti dalla Convenzione medesima relativi al patrimonio culturale degli altri Stati costituito, tra gli altri, dai "beni culturali trovati sul territorio nazionale" (art. 4 lett. b).

L'inserimento del bene in un inventario o in una lista facilita la prova della titolarità del diritto di proprietà in caso di rivendica nello Stato di importazione rendendo per i reperti archeologici provenienti da scavi clandestini più complessa la prova della titolarità del diritto di proprietà (legata al luogo di rinvenimento e alla clandestinità dello scavo o del

⁹⁷ E. PLEANCHE, *Fight against illicit traffic and restitution: UNESCO's ways towards dispute resolution and Cultural Diplomacy*, in *La Diplomazia culturale*, Aracne editrice, Roma 2013, pp. 103 ss.

ritrovamento in mare), che il diritto italiano attribuisce in via esclusiva allo Stato (artt. 1, 44 - Legge n. 1089 del 1939, 91 CBC).

Le disposizioni della Convenzione, che si dirigono a ciascuno Stato, sono ispirate all'idea che i beni culturali (art. 2) sono uno degli elementi fondamentali della civilizzazione e della cultura dei popoli e che essi assumono il loro valore reale solo se sono conosciuti con la più grande precisione le loro origini, la loro storia e il loro ambiente, e formalizzano il dovere che ciascuno Stato ha di proteggere il patrimonio costituito dai beni culturali esistenti sul proprio territorio contro la dispersione.

Per evitare e controllare le esportazioni l'art. 6 prevede la introduzione di un certificato che deve accompagnare ogni bene, in cui si attesta che questo è stato regolarmente esportato (artt. 36 - Legge n. 1089 del 1939, 68 CBC) oltre all'impegno degli Stati di proibire la fuoriuscita di beni sprovvisti di tale autorizzazione ed a pubblicizzare tale divieto in modo adeguato.

Poiché la adozione di misure restrittive all'esportazione si era storicamente dimostrata insufficiente si è posta la necessità di un controllo anche nelle fasi successive, in specie al momento in cui l'oggetto entra nel territorio di un altro Stato.

In relazione agli obblighi che ricadono sullo Stato in cui viene a trovarsi il bene esportato illecitamente si pongono alcuni problemi interpretativi. Una prima difficoltà è dovuta alla mancanza di coordinamento tra le norme sulla importazione e esportazione, imputabile all'inserimento nella disciplina organica dettata nel progetto di Convenzione predisposto dal Segretariato UNESCO di alcune disposizioni tratte da un progetto alternativo predisposto dalla delegazione degli Stati Uniti. La disarmonia è data dall'art. 7 che tende a restringere fortemente le ipotesi di applicazione della Convenzione⁹⁸.

⁹⁸ "Gli Stati parti della presente Convenzione si impegnano: a) ad adottare tutte le misure necessarie, in conformità con la legislazione nazionale, per impedire l'acquisizione, da parte di musei e altre istituzioni similari dislocate sul proprio territorio, di beni culturali provenienti da un altro Stato parte della Convenzione, beni che sono stati esportati illecitamente dopo l'entrata in vigore della Convenzione; a informare, nella misura del possibile, lo Stato d'origine parte della presente Convenzione delle offerte di tali beni culturali esportati illecitamente dal territorio di tale Stato dopo l'entrata in vigore della presente Convenzione nei confronti dei due Stati in questione; b) i) a proibire l'importazione dei beni culturali rubati in un museo o in un monumento pubblico civile o religioso, o in una istituzione similare, situati sul territorio di un altro Stato parte della presente Convenzione dopo l'entrata in vigore di quest'ultima nei confronti degli Stati in questione, a condizione che venga approvato che tale o tali beni fanno parte dell'inventario di tale istituzione; ii) ad adottare misure appropriate per recuperare e restituire su richiesta dello Stato d'origine parte della Convenzione qualsiasi bene culturale rubato e importato in tal modo dopo l'entrata in vigore della presente Convenzione nei confronti degli Stati

La norma definisce controlli e divieti unicamente per beni culturali appartenenti a musei o altre istituzioni similari dislocate sul territorio dello Stato di importazione, mentre la protezione è concessa in via di principio a tutti i beni culturali (art. 3), quindi anche a quelli in proprietà privata.

Il sistema generale di protezione elaborato dalla Convenzione non distingue esplicitamente tra le ipotesi di traffico illecito, cioè esportazione del bene in violazione delle norme che tutelano il patrimonio culturale dello Stato di provenienza, ed esportazione illecita preceduta da furto o da trasferimento di proprietà illecito. Nel progetto, infatti, le stesse conseguenze erano collegate ai vari casi: in mancanza del consenso dello Stato di origine sussisteva l'obbligo di vietare l'importazione e di restituire i beni allo Stato richiedente. A fronte del testo definitivo bisogna, invece, ricostruire gli obblighi e le conseguenze giuridiche delle diverse ipotesi attraverso un'analisi congiunta di varie disposizioni.

Quanto alla ipotesi della esportazione in violazione delle norme che tutelano il patrimonio culturale dello Stato di provenienza, l'art. 2 richiede agli Stati di combattere le esportazioni, le importazioni e i trasferimenti di proprietà illeciti, in quanto costituiscono una delle più gravi cause di impoverimento dei patrimoni culturali nazionali.

Poiché la illiceità, ai sensi dell'art. 3 è vista in relazione alle norme emanate dagli Stati in attuazione dei principi posti dalla Convenzione, tutte le ipotesi di traffico illecito, compresa anche la esportazione di un bene da parte del proprietario, ma in violazione della legislazione dello Stato nel cui territorio il bene si trova, sono da considerarsi internazionalmente illecite.

L'art. 2, comma 2 («... A tale scopo, gli Stati partecipanti s'impeggano a combattere tali pratiche con i mezzi di cui dispongono, in particolare sopprimendo la cause, il loro svolgersi e aiutando ad effettuare le necessarie riparazioni») non prevede rimedi giuridici da applicare direttamente, ma esso contiene una mera norma programmatica che indica la direzione

interessati, a condizione che lo Stato richiedente versi un equo indennizzo alla persona acquirente in buona fede o che detiene legalmente la proprietà di tale bene. Le richieste di recupero e di restituzione vanno indirizzate allo Stato richiesto per via diplomatica. Lo Stato richiedente è tenuto a fornire a sue spese ogni mezzo di prova necessaria per giustificare la sua richiesta di recupero e di restituzione. Gli Stati parti si astengono dall'imporre diritti di dogana o altre tasse sui beni culturali restituiti in conformità con il presente articolo. Tutte le spese relative alla restituzione del o dei beni culturali in questione sono a carico dello Stato richiedente».

nella quale gli Stati devono muoversi al fine di salvaguardare l'eredità culturale di ciascuno di essi.

Nonostante i vari problemi interpretativi che suscita la Convenzione, è possibile enucleare alcuni precisi obblighi a carico dello Stato in cui viene trovato un bene rubato in un altro Stato. Le norme cardine sono contenute negli artt. 13 e 7.

L'art. 13 lett. c) impone agli Stati di "ammettere un'azione di rivendicazione dei beni culturali perduti o rubati esercitata dal proprietario legittimo o in suo nome". L'azione può avere ad oggetto beni pubblici o privati ed essere promossa sia dal privato proprietario che dallo Stato qualora abbia la proprietà del bene. Peraltro, è da ritenere che in caso di inerzia del proprietario, lo Stato possa comunque invocare le norme relative all'esportazione illecita e chiedere la cooperazione dello Stato di destinazione in base all'art. 2, anche se il recupero del bene appare più difficoltoso.

Inoltre, la norma (lett. b) richiede agli Stati di prestare la collaborazione dei loro servizi competenti per assicurare il più rapidamente possibile la restituzione dei beni al legittimo proprietario. Per effetto della imposizione di tale obbligo complementare, all'interno degli Stati membri, al proprietario legittimo del bene rubato o smarrito viene riconosciuta una tutela superiore rispetto a quella normalmente accordata nel settore della circolazione dei beni mobili.

Inoltre, la disposizione di cui alla lett. d) si propone di dare effetto all'estero ad alcune misure nazionali di protezione dei beni culturali di proprietà pubblica. A tal fine impone agli Stati contraenti di riconoscere gli effetti giuridici di misure che classificano e dichiarano inalienabili determinati beni, di cui si vieta l'esportazione; prescrive inoltre agli Stati contraenti di collaborare per la restituzione di tali beni qualora siano esportati. La disposizione non precisa la natura del provvedimento di classificazione, che quindi potrebbe essere generale per categorie, come avviene in diritto italiano per i beni culturali archeologici⁹⁹ o particolare per un singolo bene¹⁰⁰.

Il silenzio è significativo di una apertura al riconoscimento reciproco del diritto pubblico interno. La disposizione, inoltre, presenta un notevole interesse, considerato anche il fatto che in precedenza lo Stato per agire in rivendica doveva provare il suo diritto di proprietà sul bene. La norma, imponendo di riconoscere la riserva di proprietà a favore dello Stato, da un lato legittima quest'ultimo ad agire in giudizio, dall'altra può semplificare

⁹⁹ Art. 1 – Legge n. 1089 del 1939 e art. 10 CBC.

¹⁰⁰ Artt. 30 ss. – Legge n. 1089 del 1939 e art. 13 CBC.

l'onere di provare la proprietà del bene, in special modo quando lo Stato *ex lege* si riserva la proprietà di certe categorie di beni, come ad esempio i reperti archeologici.

La disposizione non chiarisce quali siano i mezzi attraverso i quali lo Stato può rientrare in possesso dei beni in questione. Durante i lavori preparatori si è precisato che lo strumento per il recupero del bene è l'azione di cui all'art. 13 lett. c). La previsione relativa ai beni dichiarati inalienabili sembrerebbe tuttavia richiedere qualche cosa di più della semplice previsione della azione di rivendicazione. Questa è già messa nell'art. 13 lett. per cui, accogliendo l'interpretazione data in sede di lavori preparatori, l'art. 13 lett. d) sarebbe pleonastico.

La specificità della tutela accordata ai beni culturali dichiarati inalienabili da ciascuno Stato sta nel riconoscimento da un lato della insindacabilità della qualificazione, che esclude il potere del giudice dello Stato richiesto di verificare in sede giurisdizionale se il bene possieda i connotati di singolare interesse per la cultura dello Stato di appartenenza e, quindi, di sindacare l'esercizio della discrezionalità nella qualificazione; dall'altro, nella imprescrittibilità dell'azione diretta al recupero di essi.

Unico limite alla azione di restituzione, corrispondente al carattere non retroattivo della Convenzione, è che la norma può essere invocata solo per i beni esportati dopo la sua entrata in vigore tra le parti.

Per la restituzione di alcuni beni rubati di proprietà pubblica inventariati è previsto un meccanismo supplementare, in aggiunta al ricorso alla via giurisdizionale.

L'art. 7 lett. b - ii) prescrive di adottare misure adeguate per recuperarli e restituirli allo Stato di origine che ne faccia richiesta. Il recupero del bene nei confronti del possessore si configura come un atto espropriativo, in quanto si prescinde da una verifica in contraddittorio in sede giurisdizionale della qualità del possessore e si ha riguardo unicamente alla circostanza che il bene inventariato sia stato rubato da un museo o un'istituzione simile pubblica o privata o da un edificio di culto, nonché della proprietà del bene culturale (quindi, potrebbe trattarsi di un bene privato consegnato per la pubblica fruizione ad un museo o istituzione simile). Lo Stato richiedente deve dare la prova del furto e dello inserimento del bene in un catalogo ufficiale. L'obbligo, peraltro, presenta importanti limitazioni. Innanzitutto la richiesta di restituzione può essere avanzata solo da uno Stato (le parti private possono unicamente giovare dell'azione di cui all'articolo 13 lett. c) o degli altri rimedi esistenti in base alle leggi interne); in secondo luogo, la norma si riferisce unicamente ai beni indicati nella disposizione dell'art. 7 lett. b - ii). Infine, la restituzione

è subordinata al pagamento di un equo indennizzo a favore dell'acquirente in buona fede.

L'art. 7 lett. b - ii) è l'unica disposizione della Convenzione che impone direttamente l'obbligo di un risultato specifico qualora ricorrano le circostanze ivi previste, pur lasciando sempre una certa discrezionalità quanto alle modalità di attuazione. Le richieste devono essere indirizzate per via diplomatica e spetta allo Stato richiedente addurre le prove per sostenere la propria domanda. Non vengono fissate le modalità della restituzione, per il che ciascuno Stato contraente è libero di stabilire la procedura più idonea da seguire, conformandosi ai principi della Convenzione. È da ritenere che questa procedura costituisca un rimedio supplementare rispetto all'azione di rivendicazione, giustificata dalla particolarità del caso: si tratta di beni di proprietà pubblica (o comunque destinati alla pubblica fruizione), determinati qualitativamente (rubati in un museo, da un istituto pubblico o religioso o da analoga istituzione), la cui origine è facilmente dimostrabile grazie all'inclusione in un inventario.

Una diversa soluzione porterebbe a conseguenze inaccettabili soprattutto nei paesi di *common law* dove l'acquirente di buona fede di un bene rubato non è protetto. In tali Paesi, se il rimedio non fosse semplicemente supplementare, lo Stato richiedente verrebbe ad essere privato della possibilità di agire in rivendicazione e sarebbe tenuto a risarcire il terzo di buona fede.

In fase di elaborazione della Convenzione si era ritenuta sufficiente la previsione di un indennizzo a favore del possessore di buona fede nell'ipotesi di cui all'art. 7 b - ii) senza considerare le difficoltà che sarebbero comunque potute sorgere al momento della rivendicazione del bene negli ordinamenti che tutelano l'acquirente di buona fede. In proposito, bisogna ricordare come sia semplice creare le condizioni per l'acquisto di buona fede: basti pensare alla "raffreddamento" nei Paesi di transito delle opere rubate ed esportate illecitamente.

La nozione di "equo indennizzo" dovrà essere precisata da disposizioni nazionali di attuazione, visto che la Convenzione non fissa criteri uniformi per la sua qualificazione, nè attribuisce competenza ad alcun organo per determinarne l'ammontare in caso di mancato accordo tra le parti. Poiché il pagamento dell'indennizzo è una delle condizioni a cui è subordinata la restituzione ai sensi dell'art. 7 lett. b - ii) sarebbe stata opportuna una maggiore precisione per evitare che le eventuali divergenze sull'indennizzo costituissero un ostacolo all'applicazione della norma.

In caso di restituzione, tuttavia, ciò di cui si avverte la mancanza, soprattutto per i Paesi di *civil law*, è una esplicita previsione dell'obbligo

di modificare le norme interne, superando, in determinate circostanze, il principio per cui l'acquisto di buona fede vale il titolo nel settore dei beni culturali mobili, principio che è di ostacolo all'applicazione delle regole enunciate nella Convenzione.

La carenza di una norma che consenta di non applicare il principio che quanto ai beni mobili "il possesso vale titolo" può essere superata in base alla *ratio* della Convenzione, che è quella di richiedere per i beni culturali importati illecitamente una disciplina pari a quella prevista dall'ordinamento interno per i beni culturali nazionali.

Sarebbe illogico riconoscere da un lato agli "oggetti" qualificati dallo Stato di origine come "testimonianza di civiltà" e rientranti nelle categorie di cui agli artt. 2 e 4 della Convenzione l'oggetto del proprio obbligo internazionale di "protezione" contro i pericoli di furto, di scavi clandestini e esportazione illecita e di parallelo obbligo per gli altri Stati contraenti dell'obbligo "di combattere tali pratiche (importazione, esportazione e trasferimento illecito di beni culturali dei Paesi di origine) (art. 2, comma 2) e dall'altro non dare rilevanza ad una disposizione interna relativa alle "cose mobili" non qualificate.

Il giudice dello Stato di importazione investito di una azione di restituzione da parte dello Stato di origine del bene, così come i funzionari doganali al quale sia stato presentato il bene dall'importatore, debbono dare alle norme interne applicabili nella fattispecie una interpretazione "orientata ai principi della Convenzione" anche prima della sua ratifica, ma comunque dopo la sua entrata in vigore. E ciò, in quanto la ratifica ha la natura giuridica di conferma della volontà dello Stato, espressa dal suo Plenipotenziario con la sottoscrizione della legge di Convenzione al momento della conclusione della conferenza diplomatica, e una volta intervenuta ha l'efficacia di validare tutte le applicazione fattane *medio tempore* dagli organi nazionali in ragione alla volontà dello Stato di appartenenza di proteggere in regime di reciprocità le cose di interesse culturale appartenenti al patrimonio culturale nazionale, che in carenza dell'accordo internazionale sarebbero state riconosciute dallo Stato di importazione come beni mobili soggetti alla disciplina generale della categoria.

Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione determinandone la entrata in vigore in base all'art. 21 hanno una legittima aspettativa, peraltro non sanzionata, che anche gli altri Stati sottoscrittori provvedano alla ratifica per consentire l'effettività dei principi convenuti nella conferenza diplomatica *ad hoc* nelle fattispecie di illecita esportazione e di contrattazioni illecite dei beni culturali nazionali, come riconosciuti dalle rispettive leggi nazionali.

L'anticipazione di tale effettività, collegata alla entrata in vigore della Convenzione, risponde ad una esigenza avvertita in materia di tutela del patrimonio culturale nazionale, che è quella della aspettativa di un uguale trattamento da parte dello Stato di importazione firmatario della Convenzione delle fattispecie relative alle azioni di restituzione di beni culturali nazionali usciti illecitamente dal territorio nazionale.

6.4. *La Convenzione Unidroit del 1986*

La Convenzione Unidroit¹⁰¹ stabilisce un *corpus* minimo di regole standardizzate per la restituzione dei beni culturali rubati o per il ritorno di beni culturali illecitamente esportati (art. 1)¹⁰². Il bene culturale deve essere stato rubato in un altro Stato contraente oppure esportato illecitamente da uno Stato contraente e trovarsi sul territorio di un altro Stato contraente.

La Convenzione intende garantire uno scambio corretto e trasparente di beni unici e insostituibili. Nelle operazioni di acquisto o passaggio di proprietà di beni culturali essa fa rispettare le norme di diligenza abituali nel commercio e si propone di impedire le pratiche illegali nel commercio di beni culturali nonostante la presenza di differenti disposizioni nazionali nell'acquisto di proprietà. Il più delle volte, infatti, i beni culturali rubati o provenienti da scavi abusivi vengono portati in uno Stato in cui vigono altre leggi, allo scopo di venderli con maggiore facilità.

La Convenzione si applica alle richieste di carattere internazionale.

La cooperazione internazionale consente di proteggere meglio il patrimonio culturale nazionale degli Stati contraenti.

Le sue norme sono direttamente applicabili e nei rapporti tra gli Stati contraenti sostituiscono il diritto materiale interno e, quindi, indirettamente, anche le norme del diritto internazionale privato. Ciò significa che le disposizioni possono servire da fondamento giuridico immediato degli Stati contraenti per appellarsi al diritto di restituzione o ritorno di beni culturali rubati o illecitamente esportati dinanzi ai Tribunali o alle autorità giudiziarie interne. Ai sensi della Convenzione sono considerati beni culturali i

¹⁰¹ La Convenzione è stata elaborata su intervento dell'UNESCO dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (Unidroit) ed approvata il 24 giugno 1995 nell'ambito di una Conferenza diplomatica che si è tenuta a Roma.

¹⁰² Per la ricostruzione delle vicende che hanno condotto all'adozione della Convenzione e le relative indicazioni bibliografiche v. M. FRIGO, *La Convenzione dell'Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati*, in «Riv.dir.int.priv.proc.», 1996, pp. 435 ss.

beni a carattere religioso o profano che sono importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che rientrano in una delle categorie enumerate nell'allegato; tale allegato contiene l'elenco delle categorie già utilizzate all'art. 1 della convenzione Unesco 1970 (art. 2).

Questa definizione vale illimitatamente per i beni culturali rubati. Il furto è un reato contro la proprietà punibile universalmente, riconosciuto come tale e perseguito da tutti gli Stati.

Diversamente, i beni culturali esportati illecitamente devono essere restituiti soltanto se sono soddisfatte particolari esigenze e le severe condizioni previste dalla convenzione: il bene oltre a possedere le qualità di bene culturale deve soddisfare anche le condizioni formulate all'art. 5 cpv. 3¹⁰³ e lo Stato richiedente deve provare che l'esportazione del bene comporta un significativo pregiudizio a determinati interessi culturali o scientifici.

Per la restituzione di beni culturali rubati devono essere soddisfatte le seguenti condizioni:

- A) Il bene culturale deve essere stato rubato. Per furto si intende, in senso lato, ogni sottrazione indebita di un bene culturale dal luogo in cui si trovava fino a quel momento.

Quanto ai reperti archeologici, sia l'appropriazione di quelli provenienti da scavo abusivo che di quelli provenienti da scavo autorizzato è considerato furto: l'equiparazione allo scavo archeologico abusivo dello scavo autorizzato è stata prevista al fine di proteggere con maggiore efficacia i reperti archeologici e il loro utilizzo a fini scientifici.

Uno scavo è illecito se è stato eseguito senza l'autorizzazione delle autorità nazionali competenti (art. 3 cpv. 1 e 2).

- B) La richiesta di restituzione deve essere presentata entro un termine di tre anni dal momento in cui il richiedente è venuto a conoscenza del luogo in cui si trova il bene culturale e dell'identità del suo attuale possessore.

Il termine di prescrizione assoluto è di cinquant'anni dal momento in cui è avvenuto il furto o lo scavo abusivo. Per i beni culturali che

¹⁰³ «... 3) il giudice o ogni altra autorità competente dello Stato convenuto ordina il ritorno del bene culturale quando lo Stato richiedente dimostri che l'esportazione del bene comporta un significativo pregiudizio all'uno o all'altro dei seguenti interessi: a) la conservazione fisica del bene o del suo contesto; b) l'integrità di un bene complesso; c) la conservazione dell'informazione, in particolare di natura scientifica o storica, relativa al bene; d) l'uso tradizionale o rituale del bene da parte di una comunità autoctona o tribale; oppure dimostri che il bene a verdetto Stato un'importanza culturale significativa.».

fanno parte di una collezione pubblica, di un monumento o di un sito archeologico o che sono destinati ad uso sacro, tradizionale o rituale di una comunità autoctona e tribale è prevista l'imprescrittibilità tra.

- C) Al momento della firma o della ratifica della Convenzione, uno Stato contraente può dichiarare di voler applicare un termine di prescrizione assoluto di 75 anni o di più lunga durata ancora, qualora il suo ordinamento giuridico interno lo preveda.
- D) La richiesta di restituzione deve essere rivolta al possessore attuale. Se questi è in buona fede ha diritto ad un indennizzo adeguato. Per ottenere un indennizzo, il possessore che restituisce un bene culturale rubato deve provare che lo ha acquistato in buona fede, ossia che al momento dell'acquisto non sapeva o non poteva sapere che il bene fosse rubato e che ha agito con la dovuta diligenza. Tuttavia la restituzione del bene culturale al proprietario cui era stato rubato oppure al precedente legittimo possessore deve avvenire soltanto dopo il pagamento dell'indennizzo.

La domanda di ritorno di beni culturali illecitamente esportati deve essere presentata dal proprietario originario e servirà alla tutela della proprietà, ossia ad uno scopo di diritto privato. D'altra parte, la richiesta di ritorno in conformità alle norme della convenzione mira rispettivamente all'imposizione e al rispetto della sovranità dello Stato in materia di cultura e servirà essenzialmente ad interessi del diritto pubblico.

Per il ritorno dei beni culturali il Tribunale o l'autorità richiesta deve esaminare se sono soddisfatte alcune condizioni: a) anzitutto, lo Stato richiedente deve provare che il bene culturale è stato esportato illecitamente dal suo territorio; inoltre, deve essere stata violata la legge che disciplina l'esportazione di beni culturali; b) la richiesta di restituzione deve essere presentata entro un termine di tre anni dal momento in cui sia avvenuta a conoscenza del luogo in cui si trova il bene culturale e dell'identità dell'attuale possessore; c) il termine di prescrizione assoluto è di cinquant'anni dal momento in cui il bene culturale è stato illecitamente esportato oppure trattenuto; d) se nel momento in cui un bene culturale è stato illecitamente esportato vi è stato anche un passaggio di proprietà, si può procedere anche contro il possessore in buona fede all'estero. Per buona fede si intende che l'attuale possessore non sapeva e tanto meno poteva sapere che il bene era stato illecitamente esportato. Il possessore in buona fede ha diritto ad un equo indennizzo. L'indennizzo non è dovuto se lo Stato richiedente è in grado di provare che il possessore non era

in buona fede, ossia che al momento dell'acquisto sapeva o poteva sapere che il bene culturale era stato illecitamente esportati.

La restituzione del bene culturale deve avvenire soltanto al momento del pagamento dell'indennizzo.

La richiesta di ritorno di beni esportati illecitamente è sottoposta a vincoli supplementari. Lo Stato richiedente deve provare che l'esportazione del bene culturale comporta particolare pregiudizio a determinati interessi culturali o scientifici, tra cui la conservazione fisica del bene o del suo contesto, la conservazione delle informazioni legate al bene culturale e l'integrità di un bene complesso, oppure dimostrare che il bene culturale in questione ha un'importanza culturale essenziale.

La richiesta di ritorno non è accoglibile se al momento dell'inoltro dell'istanza l'esportazione del bene culturale non costituisce più fatto illecito, o se il bene culturale è stato esportato quando il suo autore era ancora in vita o entro un periodo di cinquant'anni dalla sua morte.

Fanno eccezione a questo principio soltanto i beni culturali destinati a pratiche tradizionali o rituali di comunità autoctona e o tribali.

Per recuperare i reperti archeologici si possono applicare le norme che disciplinano la restituzione dei beni culturali rubati oppure il ritorno dei beni culturali esportati illecitamente.

In questo modo la Convenzione tiene sufficientemente conto delle particolari esigenze di protezione a scopi sociali e scientifici che caratterizzano i beni archeologici.

La Convenzione Unidroit, che tutela in primo luogo il proprietario originario del bene culturale, è una soluzione di compromesso tra i vari sistemi giuridici del mondo intero ed è compatibile sia con la normativa dell'Unione Europea in materia di trasferimento internazionale dei beni culturali che con le disposizioni della OMC/GATT.

6.5. L'Unione Europea e la circolazione dei beni culturali

La normativa europea relativa alla richiesta di restituzione di beni culturali immessi nel Mercato Unico senza autorizzazione sottopone il titolo di proprietà del possessore del bene al diritto dello Stato membro di esportazione.

I contratti di acquisto del bene culturale *de quo* nel Mercato Unico non sono, dunque, idonei a trasferire la proprietà del bene in assenza dei presupposti richiesti dalla disciplina nazionale dei beni culturali.

1. L'Unione Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore della quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed alla quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini.

Il Trattato istitutivo della Unione europea ha costituito un ordinamento complesso, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto della sua entrata in vigore, autonomo e specifico, per di più in continua evoluzione «quasi ad immagine di un "cantiere" costituzionale, normativo e giurisprudenziale permanente» (C. Curti Gialdino).

Non si rinviene nel Trattato alcuna disposizione che consenta di ritenere che la protezione dei beni culturali faccia parte degli obiettivi della Unione. Un riferimento ai beni culturali è contenuto unicamente in materia di libera circolazione delle merci.

Ai sensi dell'art. 36 TFUE¹⁰⁴ le pertinenti disposizioni sulla libera circolazione delle "merci" lasciano impregiudicati i divieti e le restrizioni all'importazione, esportazione e transito delle merci, giustificati dal motivo, tra gli altri, di protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale.

Deve essere chiarita la nozione di "patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale" cui fa riferimento l'art. 36 TFUE. La delimitazione della nozione rientra nella discrezionalità del singolo Stato membro. Solo il singolo Stato membro ha la competenza di fissare i criteri appropriati per valutare se un singolo oggetto rientri o meno nel proprio

¹⁰⁴ Art. 36 (ex art. 30 del TCE): «Le disposizioni degli artt. 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». L'art. 36 CEE stabiliva: «Le disposizioni degli artt. da 30 a 34 inclusi lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di protezione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale o commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

patrimonio culturale nazionale. A partire da questo riconoscimento di principio, rientra nella competenza della Corte di Giustizia Europea di intervenire, occorrendo, per apportare un correttivo alle limitazioni nazionali alla libera circolazione delle merci. La competenza ad esercitare un tale controllo non si giustifica solamente in ragione di una valutazione teorica di non ragionevolezza della qualificazione di una “cosa” come appartenente al patrimonio culturale nazionale operata da un singolo Stato membro, ma per una esigenza di uniformità nell’applicazione del Trattato, dal momento che nelle singole versioni linguistiche, tutte parimenti ufficiali e vincolanti, della disposizione normativa dell’art. 36 TFUE sono state usate espressioni non coincidenti: si passa dalla ampiezza della espressione in lingua tedesca di “bene culturale nazionale” (*National Kulturgut*) a quella più ristretta di “tesori nazionali aventi valore artistico, storico o archeologico” nella versione in lingua francese, inglese, greca e danese, attraverso quella mediana offerta dal termine “patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale” nella versione in lingua italiana, spagnola e portoghese. Sino ad ora la Corte non ha avuto modo di esprimersi sulla latitudine della nozione di “patrimonio” e su quella corrispondente di “tesoro nazionale”, che costituisce eccezione al principio della libertà di circolazione delle merci.

In assenza di una interpretazione armonizzatrice, l’analisi testuale della disposizione non è del tutto priva di utilità. Proprio perché il contesto dell’art. 36 TFUE indica che si tratta di un’eccezione, s’impone una interpretazione restrittiva della nozione in coerenza con il principio di proporzionalità. Se molte legislazioni nazionali fanno riferimento al criterio dello “interesse” dell’oggetto, la scelta dell’espressione “valore” da parte dei redattori del Trattato UE non è priva di significato giuridico, avendo riguardo alla sua lontananza dal modello legislativo dell’interesse, assai diffuso in diritto comparato. I beni compresi nella nozione nazionale di “patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale” o di “tesori nazionali” per fruire della protezione accordata dall’art. 36 TFUE dovranno, di conseguenza, essere testimonianza di un incontrovertibile “valore” artistico, storico o archeologico, nozione per sua natura più oggettiva di quella del semplice “interesse” (valore soggettivo di scambio).

I criteri per determinare il “valore” della cosa “artistica”, “storica” o “archeologica” sono posti dalla legislazione dei singoli Stati membri. Tali “criteri” sono potenzialmente soggetti allo scrutinio di “proporzionalità”, che nella specie si atteggia nella valutazione se il criterio adottato per qualificare un oggetto come appartenente al patrimonio culturale nazionale giustifichi la sua sottrazione al principio della libera circolazione delle merci. La *ratio* di tale eccezione alla libertà di circolazione delle merci è

di evitare la dispersione dei beni che costituiscono testimonianze materiali della cultura della comunità del singolo Stato membro.

Il criterio di discriminazione tra i beni è, dunque, la natura dell'interesse (collettivo o singolo) che i medesimi, per il loro modi di essere sono idonei a soddisfare. Né il Trattato, né alcuna altra norma di armonizzazione, forniscono la definizione di bene "artistico", "storico" o "archeologico", ma la delimitazione delle "categorie" di beni con tale qualificazione non presenta difficoltà se non per quella di "storico", in relazione alla quale può configurarsi la possibilità di un sindacato di proporzionalità approfondito. E ciò, in quanto trattandosi di una categoria di beni di uso comune caratterizzati esclusivamente dal loro collegamento con un avvenimento storico o dalla loro appartenenza ad un soggetto o ad una istituzione di rilevanza per la comunità nazionale, ovvero per il loro carattere di esempio considerevole di tradizioni locali o del rapporto fra le varie civiltà, scuole o zone, lo scrutinio di proporzionalità del "criterio" legislativo per inserire tale oggetto nel patrimonio storico nazionale dovrà assicurare che la conseguente deroga al principio di libertà di circolazione del medesimo, quale "merce", non costituisca un mezzo di restrizione occulta al commercio tra Stati membri.

L'ultimo inciso dell'art. 36 TFUE («Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri») ha lo scopo di impedire che le restrizioni degli scambi basate sui motivi indicati nel primo inciso, tra i quali la "protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale", siano distolte dal loro fine e usate in maniera da creare discriminazioni nei confronti delle merci originarie di altri Stati membri, ovvero da proteggere indirettamente alcuni prodotti nazionali (sentenza 14 dicembre 1979, causa 34/79).

I singoli Stati membri, quindi, mantengono la competenza esclusiva di qualificare un "bene" come appartenente al proprio patrimonio culturale, e quindi a sottrarlo alla disciplina della libera circolazione delle merci nel Mercato unico e a sottoporlo alle norme di tutela nazionali.

Il "*bene culturale*", avendo un valore di scambio, è considerato dal diritto dell'Unione "*merce*", quindi un bene che può essere oggetto di contratti di scambio e non assume rilievo per la connotazione "culturale" (valore assoluto), ma unicamente per il suo valore di scambio, ma gli Stati membri possono limitarne con atto formale la libera circolazione interna ed internazionale. L'eccezione vale anche per i beni culturali importati e consente, quindi, agli Stati membri di assolvere agli obblighi di collaborazione derivanti dalle Convenzioni internazionali per il contrasto alle esportazione illecite dei beni culturali dai Paesi terzi.

L'inosservanza delle norme di protezione dei beni culturali dei paesi originari comporta il blocco della loro importazione con l'obbligo di assumere misure cautelari per la loro conservazione e di comunicare allo Stato di origine il fermo della importazione. Nell'ipotesi che il bene culturale venga erroneamente importato e messo in libera pratica, l'obbligo di fermo e della segnalazione al Paese di origine farà carico allo Stato membro nel cui territorio ne venga accertata la presenza. E ciò, in adempimento dell'obbligo di collaborazione che fa capo allo Stato di insistenza imposto dalle Convenzioni internazionali per la protezione dei beni culturali nazionali contro le esportazioni illecite dallo Stato di origine (artt. 2 co. 1, 3, 7 comma 1 lett. a) e 13 della Convenzione UNESCO del 1970).

Le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relative alla libera circolazione delle merci si applicano su tutto il territorio degli Stati membri. Questo territorio va distinto dal territorio doganale dell'Unione. Il territorio doganale dell'Unione è costituito da quella porzione di territorio degli Stati membri nella quale trova applicazione la normativa doganale. Il codice doganale comunitario del 1992 non definisce genericamente il territorio doganale della comunità, ma individua esattamente le porzioni di territorio degli Stati membri che ne fanno parte (art. 3) e alcuni territori situati fuori del territorio politico degli Stati membri, che vengono considerati parte del territorio doganale della Unione in ragione delle particolari convenzioni e dei trattati che sono ad essi applicabili. Tali sono: a) il territorio del principato di Monaco quale è definito nella convenzione doganale conclusa a Parigi il 18 maggio 1963; b) i territori ciprioti delle basi navali di Akrotiri e Diekelia, rimaste sotto la sovranità del Regno Unito, come definiti nel trattato relativo all'istituzione della Repubblica di Cipro, fermata il 6 agosto 1960. Il territorio doganale della comunità comprende le acque territoriali, le acque marittime interne e lo spazio aereo degli Stati membri e dei territori ora indicati.

La realizzazione del Mercato Interno e il conseguente abbattimento delle frontiere doganali ha comportato, a partire dal 1 gennaio 1993, modificazioni importanti nelle procedure doganali che disciplinano gli scambi di merci.

Regola generale è che per le merci comunitarie scambiate fra gli Stati membri dell'Unione europea, fatte salve talune eccezioni, sono completamente abolite tutte le formalità doganali, sostituite da adempimenti fiscali statistici a carico delle imprese.

L'abolizione dei controlli doganali alle frontiere interne degli Stati membri ha fatto venire meno il supporto, rilevante per la efficacia dei controlli, della qualificazione delle transazioni commerciali come

comportanti una esportazione o una importazione. In una tale situazione non era pensabile una apertura dei mercati interni senza adeguate precauzioni per evitare di fare del Mercato Unico un incentivo per il traffico illecito di opere d'arte. Si imponeva, dunque, la necessità di adottare delle misure di accompagnamento per conciliare la realizzazione del Mercato Unico con la legittima aspettativa degli Stati membri di perseguire le loro politiche culturali e, soprattutto, di proteggere i propri patrimoni culturali. E ciò, in quanto la "cultura" di un popolo o di un gruppo etnico è generalmente intesa come il complesso delle manifestazioni della propria vita materiale, sociale e spirituale, in relazione alle varie fasi di un processo evolutivo o di diversi periodi storici e alle condizioni ambientali¹⁰⁵.

In tale situazione, ciascuno Stato necessariamente resta libero di determinare ciò che fa parte del proprio patrimonio culturale e l'adozione di misure di armonizzazione dei criteri di qualificazione degli oggetti componenti il patrimonio culturale nazionale non avrebbe consentito la tutela delle medesime nel Mercato interno.

L'armonizzazione delle norme interne relative alla protezione del patrimonio culturale nazionale non avrebbe consentito di realizzare il minimo di protezione al patrimonio culturale nazionale assicurato dall'art. 34 TFUE con il riconoscimento della legittimità comunitaria di limitazioni alla libertà di circolazione dei medesimi, in quanto la tutela del bene culturale può essere realizzata solo con la sua permanenza nello Stato di origine. Era, quindi, necessario armonizzare gli strumenti per rimediare alle eventuali violazioni delle norme nazionali relative alla circolazione interna e internazionale dei beni culturali.

Quanto alla esportazione dei beni culturali, presumendo acquisita la volontà politica di armonizzare i criteri per il controllo doganale, affidato alla Dogana dell'Unione, non sarebbe stato sufficiente fissare una soglia comune comunitaria ove ciascuno Stato ragionasse in termine di protezione del proprio patrimonio culturale, cosa che è invece possibile per le altre merci. La soluzione normativa adottata per ovviare alla abolizione delle frontiere interne e alla sostituzione delle dogane dei singoli Stati membri con una dogana dell'Unione, è stata di mantenere fermo l'obbligo di una autorizzazione alla uscita dei beni culturali dal territorio nazionale.

¹⁰⁵ La nozione di "civiltà" indica, attualmente, le caratteristiche (idee, valori, tradizioni) proprie di un popolo in un particolare momento della sua storia. In tale nozione il termine "civiltà" è quasi sinonimo di "cultura" nell'accezione riguardante il patrimonio delle realizzazioni artistiche e scientifiche di un popolo in una determinata epoca.

Quanto alla spedizione di un bene culturale verso uno Stato membro, quindi alla sua immissione nel Mercato interno, senza l'autorizzazione di legge, si è dettata una procedura per la restituzione al territorio originario (direttiva n. 2014/60/UE).

Quanto alla sua esportazione in uno Stato terzo, si è riconosciuto allo Stato membro di origine del bene il potere di autorizzare l'esportazione. In tale ambito si sono adottate misure per garantire che l'esportazione sia sottoposta a controlli uniformi alle frontiere esterne della Unione Europea (reg.(CE) n. 116/2009). L'Ufficio doganale dell'Unione è tenuto, in base al regolamento *ad hoc*, a verificare che il bene culturale del quale si chiede la esportazione sia munito della autorizzazione prescritta dalla disciplina nazionale dello Stato di appartenenza. La verifica dell'Ufficio doganale non deve essere meramente cartolare ed in caso di dubbio è necessario fare ricorso alla collaborazione interna.

La verifica presenta elementi di criticità nella ipotesi di circolazione internazionale di beni archeologici. E ciò, in quanto il bene archeologico prima dello scavo non è conosciuto ed è dunque molto difficile accertarne la provenienza.

Gli Stati membri hanno ratificato la Convenzione UNESCO del 1970 e nel caso della esportazione e importazione verso e da Paesi terzi di beni culturali la dogana dell'Unione si sostituisce ai singoli Stati membri negli obblighi attivi e passivi derivanti da detta Convenzione.

2. La direttiva 2014/60/CE¹⁰⁶ ha istituito una cooperazione amministrativa tra gli Stati membri per quanto riguarda i loro patrimoni nazionali, in stretto collegamento con la loro cooperazione con l'INTERPOL e altri organismi competenti nel settore dei beni culturali perduti, rubati o illecitamente usciti dai loro territori.

La direttiva ha istituito un sistema che permette agli Stati membri di ottenere la restituzione nel proprio territorio dei beni culturali che sono classificati come beni del patrimonio nazionale ai sensi dell'art. 36 TFUE e che appartengono alle categorie comuni di beni culturali indicate nel suo allegato, usciti dal loro territorio in violazione delle disposizioni nazionali

¹⁰⁶ La direttiva 2014/60/EU costituisce una rifusione delle disposizioni contenute nella direttiva 93/7/CEE, che nel corso degli anni ha subito sostanziali modifiche ad opera delle direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio 96/100/CE e 2001/38/CE. La procedura prevista dalla direttiva 93/7/CE ha costituito il primo strumento di cooperazione tra Stati membri nel settore della protezione dei patrimoni culturali nazionali nell'ambito del mercato interno, al fine di un ulteriore (rispetto alla eccezione alla libera circolazione delle merci in favore dei beni appartenenti ai patrimoni culturali nazionali) riconoscimento reciproco delle legislazioni nazionali in materia.

e del regolamento (CE) n. 116/2009, a prescindere dai diritti di proprietà applicabili a tali beni.

Nell'intendimento del legislatore comunitario, la revisione del sistema di cooperazione, reso necessario dalle carenze riscontrate nel periodo di vigenza della direttiva 97/3/CEE, «dovrebbe estendersi a qualsiasi bene culturale classificato o definito da uno Stato membro, in applicazione della legislazione nazionale o delle procedure amministrative nazionali, come patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale ai sensi dell'art. 36 TFUE. La presente direttiva dovrebbe contemplare pertanto beni aventi interesse storico, paleontologico, etnografico o numismatico o valore scientifico, siano essi parte di collezioni pubbliche o di altro tipo oppure singoli elementi, siano essi provenienti da scavi regolari o clandestini, purché siano classificati o definiti come patrimonio nazionale. Inoltre, i beni culturali classificati o definiti come patrimonio nazionale non dovrebbero più appartenere a categorie o rispettare le soglie di antichità o di valore per potere essere restituiti a norma della presente direttiva»; si aggiunge «Gli Stati membri dovrebbero, inoltre, facilitare la restituzione dei beni culturali nello Stato membro dal cui territorio detti beni sono usciti illecitamente a prescindere dalla data di adesione di tale Stato membro e dovrebbero garantire che la restituzione dei beni in questione non generi costi irragionevoli. Gli Stati membri dovrebbero poter restituire beni culturali diversi da quelli classificati o definiti come patrimonio nazionale a condizione che rispettino le disposizioni pertinenti TFUE, nonché beni culturali usciti illecitamente anteriormente al 1° gennaio 1993»¹⁰⁷. L'assunto rappresenta un passo significativo per incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri al fine di proteggere il patrimonio culturale d'importanza europea di cui fanno parte i patrimoni nazionali, nella prospettiva di fare progredire l'idea di un patrimonio comune a tutti i cittadini europei.

L'obiettivo della protezione comune dei reciproci patrimoni culturali non potrà essere conseguito se tali affermazioni di principio non costituiranno, in assenza di un procedimento giudiziario interno *ad hoc*, il criterio interpretativo delle disposizioni nazionali che disciplinano il procedimento di restituzione di beni mobili di diritto comune. È ciò, in quanto l'azione

¹⁰⁷ L'art. 15 dispone: «1. Ciascuno Stato membro può applicare il regime previsto dalla presente direttiva alla restituzione di beni culturali diversi da quelli definiti dall'art. 2, punto 1. 2. Ciascuno Stato membro può applicare la disciplina prevista nella presente direttiva alle richieste di restituzione di beni culturali usciti illecitamente dal territorio di altri Stati membri anteriormente al 1° gennaio 1993».

di restituzione disciplinata dalla direttiva non può essere equiparata alla generale rivendica di beni mobili.

La direttiva si limita ad indicare che l'azione di restituzione si prescrive nel termine di tre anni a decorrere dalla data in cui l'Autorità centrale¹⁰⁸ dello Stato membro richiedente è venuta a conoscenza¹⁰⁹ «del luogo in cui si trovava il bene culturale e della identità del suo possessore o detentore» (art. 8) e che «il giudice competente ordina la restituzione del bene culturale dopo avere accertato che si tratta di un bene culturale ai sensi dell'art. 2, punto 1, uscito illecitamente dal territorio nazionale» (art. 9, comma 2).

Il problema in ordine alla prova che deve essere fornita dallo Stato richiedente, posto che l'azione di restituzione al suo territorio prescinde dalla proprietà del bene uscito illecitamente, è ristretto alla indicazione nell'atto introduttivo dell'azione di restituzione della data «in cui l'autorità centrale competente dello Stato membro richiedente è venuta a conoscenza del luogo in cui si trovava il bene culturale e dell'identità del suo possessore o detentore» e alla allegazione ad esso di: a) un documento che descriva il bene oggetto della richiesta e attesti che si tratta di un bene culturale secondo la legislazione nazionale; b) una dichiarazione che il bene è uscito illecitamente dal proprio territorio (art. 6, comma 2). Il giudice richiesto non può procedere alla verifica della "culturalità" del bene, ma deve limitarsi a verificare la tempestività della proposizione della azione¹¹⁰ e che il bene culturale rientri nelle categorie indicate nell'art. 36 TFUE (art. 2, punto 1) o se indicato come appartenente ad una "collezione pubblica", che questa rientri nella definizione datane dall'art. 2, punto 8. Non è dunque consentito al possessore o detentore del bene di ottenere la verifica della "culturalità" del bene e della sua appartenenza al patrimonio culturale dello Stato richiedente, né tantomeno contestare la dichiarazione della sua uscita illecita dal territorio di quest'ultimo. Tali eccezioni saranno

¹⁰⁸ Non assume rilievo la conoscenza che sia stata acquisita dalla Autorità giudiziaria dello Stato richiedente o da altro organo o ufficio amministrativo nazionale. E ciò, in quanto la cooperazione tra gli Stati membri è formalizzata tra organi di vertice nazionali designati formalmente (artt. 4 e 7).

¹⁰⁹ Nell'atto di proposizione dell'azione di restituzione si dovrà avere cura di inserire ogni informazione idonea a rendere incontrovertibile l'indicazione della data nella quale si è venuti a conoscenza del luogo in cui si trovava il bene e della identità del suo possessore o detentore.

¹¹⁰ L'accertamento della data effettiva nella quale la Autorità centrale dello Stato richiedente ha avuto conoscenza del luogo nel quale era detenuto il bene rivendicato e della identità del possessore o detentore del medesimo è obbligatorio nel solo caso che il convenuto fornisca la prova che la data indicata nell'atto di proposizione dell'azione è successiva a quella reale.

proponibili innanzi agli organi dello Stato rivendicante allorché il bene sarà restituito al suo territorio. Solo l'autorità competente dello Stato richiedente è, invero, legittimata a risolvere ogni questione attinente alla autenticità del bene, alla proprietà del medesimo, alla sua appartenenza al patrimonio culturale nazionale e alla liceità della spedizione nello Stato membro che lo ha restituito. Tali accertamenti saranno eseguiti in base alla legislazione nazionale di settore.

L'art. 16, quale norma di chiusura della misura, dichiara che la direttiva lascia impregiudicate le azioni civili o penali spettanti, in base al diritto nazionale degli Stati membri, allo Stato membro richiedente e/o al proprietario cui è stato sottratto il bene: restano, quindi, ferme la perseguibilità penale della uscita illecita del bene culturale dal territorio nazionale (art. 174 CBC) e le eventuali azioni di risarcimento del danno nei confronti del responsabile dello spossessamento.

3. L'istituzione del Mercato interno ha comportato che la esportazione dei beni culturali degli Stati membri verso i paesi terzi sia da considerare come effettuata dal territorio doganale della Unione Europea e non dai singoli Stati.

La normativa comunitaria per gli scambi con i paesi terzi, deve dunque assicurare la protezione dei beni culturali nazionali attraverso controlli doganali uniformi alle frontiere esterne. A tal fine si dispone che l'esportatore presenti allo Ufficio doganale comunitario la licenza di esportazione del bene culturale rilasciata dallo Stato membro competente.

L'art. 1 del Reg. CE) 18 dicembre 108 n. 116/2009 – che codifica il regolamento (CEE) n. 3911/92 del Consiglio, modificato in modo sostanziale a più riprese durante la sua vigenza – dispone: «Fatti salvi i poteri degli Stati membri ai sensi dell'art. 30 (ora art. 36 TFUE) del trattato, per “beni culturali” s'intendono, ai fini del presente regolamento, i beni elencati nell'allegato I». Le categorie di beni culturali indicate nell'allegato sono individuate tenendo conto anche della attribuzione di competenza agli Stati membri di derogare al principio della libertà di circolazione delle merci nel Mercato interno (art. 36 TFUE).

Lo Stato membro che deve rilasciare la licenza di esportazione è quello: a) «sul cui territorio si trovava lecitamente e definitivamente il bene culturale alla data del 1° gennaio 1993»; b) «ovvero, dopo tale data, [...] sul cui territorio il bene culturale si trova dopo essere stato lecitamente e definitivamente importato da un paese terzo o rimpatriato da un paese terzo in seguito a una spedizione lecita da uno Stato membro verso detto paese terzo». La disposizione fornisce l'indicazione dello Stato membro di provenienza del bene culturale da esportare e, in tal modo, individua l'ordinamento giuridico che assicura la protezione del bene medesimo.

Tanto assume valore anche per garantire la protezione di beni di interesse culturale nazionale che non rientrano nelle categorie indicate nell'allegato I. In tal modo si è mantenuto fermo il principio che l'istituzione del Mercato unico in relazione alle esportazioni dei beni culturali nazionali ha comportato unicamente lo spostamento dei controlli alla esportazione dagli uffici doganali nazionali a quelli dell'Unione europea.

L'art. 2, comma 4, conferma tale dato disponendo che «... l'esportazione diretta dal territorio doganale della Comunità di beni del patrimonio nazionale di valore artistico, storico, archeologico che rientrano nella definizione di beni culturali ai sensi del presente regolamento è soggetta alla normativa nazionale dello Stato membro di esportazione». La disposizione ricalca quella contenuta nell'art. 36 TFUE e, quindi, estende la protezione a tutti i beni che sono classificati dal diritto dello Stato membro come appartenenti al patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale. I beni compresi nella nozione nazionale di "patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale" o di "tesori nazionali" per fruire della protezione accordata dall'art. 36 TFUE dovranno essere testimonianza di un incontrovertibile "valore" artistico, storico o archeologico, nozione per sua natura più oggettiva di quella del semplice "interesse" (valore soggettivo di scambio). I criteri per determinare il "valore" della cosa "artistica", "storica" o "archeologica" sono posti dalla legislazione dei singoli Stati membri. Tali "criteri" sono potenzialmente soggetti allo scrutinio di "proporzionalità", che nella specie si atteggia nella valutazione se il criterio adottato per qualificare un oggetto come appartenente al patrimonio culturale nazionale giustifichi la sua sottrazione al principio della libera circolazione delle merci. La *ratio* di tale eccezione alla libertà di circolazione delle merci è di evitare la dispersione dei beni che costituiscono testimonianze materiali della cultura della comunità del singolo Stato membro. Il criterio di discriminazione tra i beni è, dunque, la natura dell'interesse (collettivo o singolo) che i medesimi, per il loro modo di essere, sono idonei a soddisfare.

La tutela dell'esportatore di un bene classificato come culturale dalla legislazione nazionale di riferimento che si assuma in contrasto con l'art. 36 TFUE è assicurata dal diritto di promuovere innanzi al giudice nazionale l'accertamento della illegittimità del diniego di rilascio della licenza di esportazione o del diniego della autorità doganale comunitaria di ammissione alla esportazione per l'assenza della licenza di esportazione.

L'ufficio doganale comunitario collabora con le autorità nazionali dello Stato membro di formale provenienza del bene culturale presentato per la esportazione per tutto quanto concerne la sua appartenenza al patrimonio culturale nazionale, la licenza di esportazione, la verifica della data alla

quale questo si trovava lecitamente e definitivamente. La richiesta di collaborazione, in particolare, dovrà essere attivata in relazione «ai beni elencati nell'allegato I, primo e secondo trattino, [...] (che) abbiano un interesse archeologico o scientifico limitato» per i quali lo Stato membro competente non richieda la licenza di esportazione (art. 2, comma 2, primo capoverso).

La licenza di esportazione è provvedimento dello Stato membro di provenienza del bene culturale e quindi disciplinata dal diritto nazionale.

Gli Stati membri possono limitare il numero degli uffici doganali competenti per espletare le formalità di esportazione di beni culturali (art. 5). La disposizione ha la finalità di favorire la specializzazione degli uffici nel controllo della esportazione di beni disciplinati da una normativa non armonizzata.

La documentazione doganale prescritta per la esportazione dei beni culturali è adottata ai sensi degli articoli 3¹¹¹ e 7¹¹² della decisione 1999/468/CE.

¹¹¹ 1. La Commissione è assistita da un Comitato consultivo composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. 2. Il rappresentante della Commissione sottopone al comitato un progetto delle misure da adottare. Il comitato esprime il parere sul progetto entro un termine che il presidente può stabilire in funzione dell'urgenza della questione in esame, procedendo eventualmente a votazione. 3. Il parere è messo a verbale; inoltre, ciascuno Stato membro ha il diritto di chiedere che la sua posizione sia messa a verbale. 4. La Commissione tiene in massima considerazione il parere del comitato. Essa lo informa del modo in cui ha tenuto conto del parere.

¹¹² 1. Ogni Comitato adotta il proprio regolamento interno su proposta del presidente, basandosi su un regolamento di procedura tipo che sarà pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. I Comitati attualmente esistenti adattano, per quanto necessario, i loro regolamenti interni al regolamento di procedura tipo. 2. Ai Comitati si applicano i principi e le condizioni relativi all'accesso del pubblico ai documenti che si applicano alla Commissione. 3. Il Parlamento europeo è periodicamente informato dalla Commissione dei lavori dei comitati con modalità che assicurano la trasparenza del sistema di trasmissione e l'identificazione delle informazioni trasmesse e delle varie fasi della procedura. A tale scopo riceve gli ordini del giorno delle riunioni dei comitati, i progetti sottoposti ai comitati relativi a misure di esecuzione degli atti adottati secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato nonché i risultati delle votazioni e i resoconti sommari delle riunioni, come pure gli elenchi degli organismi cui appartengono le persone designate dagli Stati membri a rappresentarli. Il Parlamento europeo è parimenti tenuto informato ogniqualvolta la Commissione trasmette al Consiglio misure o proposte relative alle misure da adottare. (Paragrafo così modificato dall'art. 1 della decisione 2006/512/CE). 4. Entro sei mesi dalla decorrenza dell'efficacia della decisione, la Commissione pubblica, nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, un elenco dei comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze di esecuzione. Nell'elenco sono specificati, per ciascun comitato, l'atto o gli altri atti di base in virtù dei quali sono istituiti i comitati. A decorrere dal 2000 la Commissione pubblica inoltre una relazione annuale sui lavori dei comitati. 5. I riferimenti

4. Questi due provvedimenti normativi europei assumono la rilevanza di strumenti compensativi della potenziale perdita di efficacia delle misure statali restrittive alla circolazione dei beni culturali con la istituzione del mercato comune e sono tra essi collegati.

La deroga al principio comunitario della libera circolazione delle merci riguarda unicamente i beni culturali appartenenti alle categorie dei beni "artistici", "storici" o "archeologici", mentre i beni culturali nazionali che appartengano ad altre categorie di beni sono esclusi, secondo la dizione dell'art. 36 TFUE, dalla deroga. Tanto, in quanto l'art. 36 TFUE, quale deroga ad una norma fondamentale del Trattato, va interpretato restrittivamente e non può essere esteso alla tutela di "valori" diversi da quelli espressamente indicati dalla norma ("artistici", "storici" o "archeologici").

Pervero, l'interesse comunitario alla salvaguardia di detti "valori" è stato ritenuto dagli Stati membri superiore a quello della libera circolazione delle merci. La previsione del Trattato assume un rilievo non solo in sede di contenzioso nazionale su provvedimenti che negano il rilascio della autorizzazione alla libera circolazione nell'ambito del Mercato unico, ma anche nelle ipotesi che l'uscita dal territorio nazionale senza autorizzazione di "cose" di interesse culturale secondo il diritto italiano comporti la loro restituzione al territorio nazionale. E ciò, in quanto solo il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, giustifica la sottoposizione del bene al regime vincolistico a tutela del suo valore culturale.

Nel caso in cui lo Stato non eserciti l'azione di restituzione al proprio territorio del bene uscito senza autorizzazione, il proprietario che agisca in rivendica del bene innanzi al giudice dello Stato di spedizione dovrà fornire la prova della qualificazione culturale del medesimo o mediante la produzione del provvedimento di vincolo o fornendo la prova che il bene risponde ai criteri nazionali di qualificazione e, quindi, non può essere ritenuto "merce". Ove sia fornita la prova della qualità di bene culturale del bene rivendicato, il contratto di acquisto del medesimo avrà avuto ad oggetto un bene "non in commercio" secondo l'art. 36 TFUE. La fattispecie potrà essere l'occasione per promuovere una questione pregiudiziale di interpretazione della predetta norma del TFUE sul punto se l'eccezione alla libera circolazione del bene culturale ne determini la qualità di "bene non in commercio" e se il "criterio" normativo di classificazione del bene rivendicato risponda al principio di proporzionalità. Quanto allo scrutinio

di tutti i documenti trasmessi al Parlamento europeo a norma del paragrafo 3 sono resi pubblici in un registro che sarà istituito nel 2001.

di proporzionalità della misura, è stato precisato dalla Corte riunita in Grande sezione che «se è vero che spetta allo Stato membro che invochi un'esigenza imperativa per giustificare l'ostacolo alla libera circolazione delle merci dimostrare che la propria normativa è opportuna e necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo legittimo perseguito, tale onere della prova non può estendersi fino a pretendere che lo Stato membro dimostri in positivo che nessun altro possibile provvedimento permette la realizzazione dello stesso obiettivo alle medesime condizioni» (sentenza 29 aprile 2009, in C-110/05).

*I negoziati per la restituzione dei beni culturali
illecitamente sottratti al patrimonio culturale italiano*

A seguito della acquisizione di un documento contenente l'organigramma dei trafficanti di beni culturali compilato da Pasquale Camera, sequestrato dai Carabinieri il 15 febbraio 1996, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma incardinò una indagine sul traffico illecito di cose di interesse archeologico incriminando insieme ai principali attori del mercato clandestino la direttrice delle antichità del J.P. Getty Museum.

Il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, parte lesa dal traffico clandestino, istituì una Commissione *ad hoc* per seguire la istruttoria penale. La Commissione assunse la iniziativa di contatti diretti con gli enti museali nelle cui collezioni erano presenti materiali archeologici con riscontri nella documentazione acquisita alla istruttoria o sui quali giornalisti investigativi avevano raccolto informazioni.

Il negoziato ha duplicato la azione penale nei confronti dei responsabili della depredazione del patrimonio culturale italiano per la parte relativa alla restituzione dei beni culturali sottratti.

L'integrità del patrimonio culturale nazionale è un valore riconosciuto dalle Convenzioni internazionali (fra le quali la Convenzione UNESCO del 1970) che si articola in un obbligo dello Stato di origine del bene culturale («Considerando che ciascuno Stato ha il dovere di proteggere il patrimonio costituito dai beni dai beni culturali esistenti sul proprio territorio contro i pericoli di furto, di scavi clandestini e esportazioni illecite») e dello Stato di trasferimento illecito («1. Gli Stati parti della presente Convenzione riconoscono che l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illeciti di beni culturali costituiscono una delle cause di impoverimento del patrimonio culturale dei paesi di origine di questi beni e che una collaborazione internazionale costituisce uno dei mezzi più efficaci per proteggere i rispettivi beni culturali contro tutti i pericoli che ne sono le conseguenze. 2. gli Stati partecipanti si impegnano a combattere tali pratiche con i mezzi di cui

dispongono, in particolare sopprimendo le cause, interrompendo il loro svolgersi e cercando di effettuare le necessarie riparazioni»).

In particolare, le istituzioni museali dello Stato di importazione «... in quanto istituzioni culturali, devono vigilare affinché la costituzione delle loro collezioni sia fondata su principi morali universalmente riconosciuti».

Alla base del negoziato sono stati posti i dati emersi nella istruttoria penale condotta dalla Procura della Repubblica di Roma sul traffico internazionale di beni archeologici di provenienza italiana nel quale erano coinvolti cittadini italiani, in varie posizioni, mercanti stranieri e curatori di musei americani.

Per lo svolgimento dell'indagine, la Procura della Repubblica di Roma ha avuto la necessità di chiedere la assistenza giudiziaria dei giudici di tutto il mondo e ha dovuto risolvere delicati problemi di conflitto di leggi.

Conflitti da risolvere in base alle Convenzioni internazionali in materia di assistenza giudiziaria in materia penale. Molti ordinamenti giuridici, tra i quali l'ordinamento degli Stati Uniti, richiedono che il reato per cui si procede sia di danno e non di pericolo e non sia un reato fiscale.

Da qui la necessità di provare la natura giuridica del reato di "uscita o esportazione illecite" di beni archeologici secondo il diritto italiano (art. 174 CBC).

La Corte di Cassazione con sentenza 8 gennaio 1980 ha fissato il principio che il reato di esportazione illecita di cose di antichità e d'arte non ha natura fiscale e perciò il reato è procedibile in Italia anche quando l'opera d'arte (nella specie una scultura di Michelangelo Buonarrotti prima versione della "Pietà Rondanini") sia stata restituita all'Italia, ai sensi della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, dalle autorità del Paese verso cui la esportazione era avvenuta (nel caso di specie la Svizzera) sotto la condizione che le autorità italiane non si servissero dei capi di accusa risultanti contro l'imputato per perseguirlo e punirlo per reati di natura fiscale.

I reperti sottoposti a sequestro probatorio sono stati classificati dai consulenti d'ufficio sulla base della comparazione con gli oggetti rinvenuti da scavi scientifici o da scoperte fortuite denunciate e la documentazione sequestrata agli imputati è stata verificata e ha costituito innesco di successive iniziative investigative che hanno consentito l'individuazione delle correnti di traffico clandestino e degli acquirenti.

Le informazioni raccolte sui singoli reperti e gli approfondimenti scientifici e giuridici conseguenti hanno consentito di predisporre delle schede riassuntive per ogni singolo reperto chiesto in restituzione.

Anche per la statua rappresentante *L'Atleta vittorioso* venne redatta

una scheda da utilizzare nel negoziato con il J.P. Getty Trust per la sua restituzione¹¹³.

In sede di negoziato, il J.P. Getty Trust ha difeso l'acquisto della statua sostenendo che:

- i) la statua fu creata in Grecia;
- ii) fu pescata in acque internazionali;
- iii) passò solo brevemente per l'Italia prima di essere portata all'estero;

¹¹³ «Statua in bronzo raffigurante *Atleta vittorioso* – cosiddetto Lisippo. La statua fu rinvenuta nel 1964 da alcuni pescatori nelle acque dell'Adriatico prospicienti Fano. La statua inizialmente venne acquistata da tre fratelli di Gubbio e poi da tale Herzen, mercante d'arte di Monaco di Baviera, per la somma di \$700.000. L'A.G. di Gubbio, dopo varie vicende giudiziarie (Tribunale di Perugia assoluzione del 18.5.1966; dopo l'appello la Suprema Corte annulla la sentenza per difetto di motivazioni il 22.5.1968; la Corte di Appello di Roma assolve gli imputati il 18.11.1970), in data 9.1.1974 emetteva Commissione di Rogatoria Internazionale per ottenere l'interrogatorio del mercante d'arte; la richiesta veniva però respinta dal Tribunale distrettuale bavarese. Nel 1977 la vicenda giudiziaria era integrata con ulteriori novità ottenute dalle investigazioni svolte dal Reparto operativo CC. TPC di Roma. Infatti, si riusciva ad acquisire il 26.11.1977 da tale Renato Merli da Imola, persona che all'epoca del rinvenimento della statua si era interessata all'acquisto, una fotografia riproducente una statua così come appariva al momento del ritrovamento, cioè ricoperte da concrezioni marine, e ad identificare tutti i componenti dei due pescherecci che avevano "pescato" fortuitamente il prezioso reperto. Sulla scorta dei nuovi elementi di riscontro, l'A.G. di Gubbio, tramite il servizio INTERPOL di Roma, interessava il collaterale Ufficio inglese, nonché quello belga e quello statunitense per far luce sulla vicenda dell'esportazione; infatti l'opera era stata venduta dal mercante Herzen alla filiale londinese della società belga "Artemis" con sede a Bruxelles per essere, infine, acquistata dal P.G.M. di Malibu' per la somma di \$3.950.000. Ultimati i restauri presso l'Herzer, l'opera entrò negli Stati Uniti a Boston l'8.8.1977. Nell'ambito della suddetta rogatoria, veniva acquisita documentazione dalla quale emergeva che i fiduciari del museo P.G.M. erano in possesso delle sentenze emesse dalla magistratura italiana e che la statua stessa sarebbe stata rinvenuta in "acque internazionali", perciò non soggette a leggi patrimoniali italiane. Nel 1989, l'allora Direttore Generale dell'Ufficio Centrale per i Beni A.A.A.S. inviava una lettera al P.G.M. richiedendo di valutare l'opportunità di restituire l'opera all'Italia adducendo motivazioni di carattere etico e scientifico, anche alla luce delle convenzioni internazionali. Nello stesso anno tale Elio Celesti, già amministratore del Comune di Fano, consegnava al Procuratore della Repubblica di Pesaro una concrezione marina che, a suo dire, faceva parte della spessa incrostazione che ricopriva la statua bronzea al momento del rinvenimento. Essa presentava una parte concava sulla cui superficie erano presenti tracce di materiale bronzeo. Sul frammento, quindi erano svolti esami chimici a cura dell'Istituto Centrale per il Restauro di Roma che permettevano di stabilire la composizione elementare dei residui metallici presenti nel frammento. A conferma di quanto sopra, veniva raccolta la testimonianza di tale Dario Felici che durante le operazioni di disotterramento della statua dell'*Atleta vittorioso*, occultato nel proprio orto, aveva staccato con una vanga il frammento di concrezione.»

- iv) non c'è base per una richiesta legale della statua nelle Corti statunitensi fondata sulla supposta esportazione illegale dell'oggetto¹¹⁴.

Nella conduzione dei negoziati, la Commissione si è ispirata al principio che la richiesta di restituzione di un bene culturale illecitamente sottratto al patrimonio di uno Stato non costituisce un atto ostile nei confronti dello Stato di situazione; ed al principio che con la richiesta si fa valere non il diritto di proprietà, ma il diritto della cultura, riconosciuto da varie convenzioni internazionali.

I negoziati con i musei americani sono stati condotti con espresso riferimento alla Convenzione UNESCO del 1970 sostenendo l'obbligo internazionale di una interpretazione della legislazione interna conforme ai principi in essa contenuti. Con ciò non si è voluto sostenere che la Convenzione fosse *self-executing*, ma che, indipendentemente dalle modalità della ratifica, ma con riferimento alla volontà manifestata dagli Stati parte con la sottoscrizione della Convenzione al termine della conferenza diplomatica, tutti gli organi (giudiziari e amministrativi) dello Stato richiesto fossero tenuti ad una interpretazione delle norme interne applicabili alla fattispecie orientata a darvi effettività.

E ciò, nel negoziato con il J.P. Getty Trust, anche per quanto sottolineato dal Dipartimento di Stato USA nella richiesta al Senato di ratifica della Convenzione «*The convention responds to the growing concern of the world community at the illegal removal of the national art treasure from their countries of origin. In recent years there appears to be an increase in the theft of art objects and the despoliation of national monuments and archeological sites in all parts of the world [...] The situation is a problem to each country to deal with at home,*

¹¹⁴ In una memoria difensiva presentata nel corso del negoziato, il J.P. Getty Museum, ignorando la ricostruzione dei fatti antecedenti alla esportazione della statua da valutare come sottrazione illecita del bene di proprietà dell'Italia da parte dei pescatori fanesi, in concorso con i primi acquirenti ha focalizzato le sue argomentazioni difensive sulla esportazione illecita come reato finanziario e sulla circostanza che durante il periodo in cui si è supposto che la statua sia stata illegalmente esportata, la regola legislativa prevalente era che «il fatto che un oggetto d'arte sia stato illegalmente esportato non proibisce una importazione secondo la legge degli USA; l'esportazione illegale non rende l'importatore (o chi per lui) in nessun modo punibile nè lo mette sotto accusa in una Corte Usa. Il possesso dell'oggetto d'arte non può essere per la legge turbato negli Usa solo perchè è stato illegalmente esportato da un altro Paese». Non si è avuto modo nel corso del negoziato di confutare la irrilevanza di tali astratti principi giuridici a motivo del consensuale rinvio della trattazione del caso all'esito del giudizio penale innescato dallo esposto al Tribunale di Pesaro dalla associazione "Le cento città", ma la loro irrilevanza è stata provata in fatto nella istruttoria in contraddittorio tra le parti e nella produzione documentale del J.P. Getty Museum.

but its also a matter of international concern and responsibility. Every country has an interest to the prevention of the cultural patrimony of mankind. Moreover, the flourishing international art market provides a major inducement of these illegal operation. The apparence in the United State of important foreign art treasures of suspicious origin give rise to problem in our relations with other countries and make difficultt for American archaeologist and scholars to work in these lands ...».

Lo Stato parte deve compiere un triplice accertamento per ottenere il riconoscimento internazionale che la “res” è un bene culturale appartenente al proprio patrimonio culturale nazionale:

- aa) accertare la autenticità della “cosa”;
- bb) provare la sua appartenenza ad una delle categorie di cui all’art. 1 della Convenzione;
- cc) fornire la prova della sua appartenenza al patrimonio culturale nazionale.

La “appartenenza” al patrimonio culturale nazionale determina l’obbligo dello Stato parte di:

- a) individuare la “res” che presenti i “caratteri” (“qualità”) indicati dalla Convenzione;
- b) “conservare” il bene:
 - aa) dettando norme relative al suo uso;
 - bb) regolamentarne la circolazione;
 - cc) regolamentarne il “possesso” (le nozione “diritto di proprietà” presuppone la qualificazione della cosa come “bene”);
 - dd) istituire il certificato per la esportazione, ove astrattamente consentita; ee) chiederne il rientro in caso di sottrazione senza certificato per la esportazione dal luogo di contestualizzazione sia nella ipotesi che il “bene” sia stato “trasferito” all’estero, sia che sia stato semplicemente “rimosso”.

Il titolo dello Stato alla richiesta di restituzione del bene culturale nella fattispecie non è il diritto di proprietà sul bene culturale, ma “il dovere di proteggere il patrimonio costituito dai beni culturali esistenti sul proprio territorio in quanto sono uno degli elementi fondamentali della civilizzazione e della cultura dei popoli contro il pericolo di furto, di scavi clandestini e esportazione illecita”¹¹⁵.

¹¹⁵ IV “considerando” della Convenzione Unesco 1970.

Questo “dovere” assume il valore di norma giuridica di legittimazione attiva e, in caso di inosservanza, è fonte di responsabilità interna ed internazionale dello Stato inadempiente, come dello Stato di insistenza del bene culturale. L'appartenenza di un bene culturale ad un determinato Stato determina l'obbligo dello Stato in cui è stato trasferito di “assicurare” il rientro del bene nel territorio di “contestualizzazione”.

Tale obbligazione si articola:

- a) nel controllo sulle importazioni;
- b) nell'impedire la “dispersione” del bene culturale privo del certificato di esportazione;
- c) nell'interpretazione dell'ordinamento interno in funzione dell'obbligo internazionale di collaborazione con lo Stato parte depredata. La sottoscrizione della Convenzione determina l'obbligo di tutti gli organi dello Stato aderente di osservare e fare osservare le disposizioni dell'atto internazionale. E ciò, indipendentemente dalla natura puntuale o di principio delle sue disposizioni. Tale obbligo nel periodo che intercorre tra la sottoscrizione della Convenzione e la ratifica è soggetto alla condizione risolutiva della ratifica.

La restituzione della cosa classificata secondo i criteri propri di un ordinamento nel caso di esportazione illecita costituisce una fattispecie nella quale vengono in rilievo elementi di estraneità rispetto al diritto dello Stato di “situazione” e, quindi, la azione di restituzione è disciplinata dalle norme di diritto internazionale privato dello Stato di stabilimento.

Trattandosi di un bene mobile la questione va inquadrata nell'ambito della problematica della legge applicabile ai diritti reali secondo le norme di diritto internazionale privato dello Stato di situazione.

Se lo Stato di situazione in sede di ratifica ed esecuzione della Convenzione UNESCO ha introdotto una norma di rinvio ricettizio pieno al diritto dello Stato di origine non si pongono problemi, in quanto il bene deve essere restituito allo Stato di origine e ogni controversia relativa al diritto di proprietà dovrà essere risolta applicando lo statuto nazionale della cosa.

Se, invece, la ratifica non è stata seguita da una legge di esecuzione, ma da un “ordine di esecuzione” l'ordinamento interno deve essere interpretato così da assicurare effettività alle disposizioni della Convenzione.

Analoga soluzione deve essere data al problema degli obblighi degli organi dello Stato nel periodo intercorrente tra la firma della Convenzione da parte del plenipotenziario dello Stato e la ratifica.

Non può contestarsi che nel periodo decorrente dalla firma dei plenipotenziari della bozza di convenzione sino alla ratifica l'obbligo internazionale dello Stato sia sottoposto ad una condizione sospensiva che si risolve o con la ratifica o con la certezza della non ratifica e che in tale periodo tutti gli organi dello Stato sono tenuti a un comportamento conforme all'impegno assunto dai suoi plenipotenziari al termine della conferenza diplomatica.

La volontà manifestata dello Stato con la sottoscrizione non può non assumere alcun rilievo per la risoluzione delle controversie alle quali si applica la Convenzione. Tanto fonda la pretesa che allorché la Convenzione sia entrata in vigore, ma lo Stato in questione non la abbia ancora ratificata, i giudici nazionali nella risoluzione delle controversie prese in considerazione dalla convenzione ed i funzionari nelle fattispecie nelle quali vengono in rilievo principi o norme dell'atto internazionale non ancora ratificato (ma sottoscritto) debbano tenere conto delle disposizioni in esso contenute. Quindi, allorché viene presentata alla frontiera un bene che presenti le caratteristiche indicate all'art. 1 della Convenzione proveniente da uno Stato parte della Convenzione privo del certificato di esportazione, la autorità di confine ha l'obbligo di sottoporre a fermo il bene e di segnalazione allo Stato di provenienza. Chi contesti la necessità del rilascio del certificato potrà far valere le sue ragioni innanzi al giudice dello Stato di origine.

Nel negoziato, dunque, è necessario tenere conto della legislazione dello Stato di insidenza del bene culturale relativo alla disciplina dei beni mobili per prospettarne una interpretazione orientata all'adempimento degli obblighi assunti in sede internazionale, ma anche dello Stato di provenienza.

Va, dunque, tenuta presente nell'attività interpretativa delle norme interne la duplice natura dei beni culturali, che presentano un valore non soltanto dal punto di vista economico e commerciale, ma anche in quanto rappresentativi di identità e di significati, come è ribadito nel preambolo della Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità delle espressioni culturali (Parigi, 2003): «*[The UNESCO General Conference] being convinced that cultural activities, goods and services have both an economic and cultural nature, because they convey identities, values and meaning, and must therefore not be treated as solely having commercial value*»¹¹⁶. Ne

¹¹⁶ Sulla Convenzione cfr. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale*, cit. Anche la Dichiarazione universale sulla diversità culturale, adottata nel 2001 dalla Conferenza Generale dell'UNESCO, precisa che una particolare attenzione va dedicata alla «*specificity of cultural goods and services which, as vectors of identity, values and meaning, must not be treated as mere commodities or consumer goods*» (art. 8).

conseguenze, che sono proprio le identità e i significati di cui sono portatori i beni culturali che impediscono di risolvere i problemi suscitati dalla loro rimozione sulla base di criteri esclusivamente giuridici e che impongono una indagine di più ampio respiro¹¹⁷.

¹¹⁷ M. FIORILLI, *The International treaties and European directives on the protection of cultural heritage*, in *International Symposium held in Nicosia Cyprus on the 3° November 2012*, Nicosia Cyprus 2013, pp. 39 ss; T. SCOVAZZI, *Principi etici e norme giuridiche in materia di restituzione dei beni culturali*, in *La Diplomazia culturale*, Aracne editrice, Roma 2013, pp. 107 ss.

Capitolo 8

L'esposto della associazione "Le cento città" e il procedimento penale del Tribunale di Pesaro

Mentre era in corso il negoziato con il J.P. Getty Museum la associazione "Le cento città" ha presentato alla Procura della Repubblica di Pesaro l'esposto che ha innescato il procedimento penale a carico dei ritrovatori e dei primi acquirenti.

A seguito dell'esposto, che richiamava la scheda informativa relativa alla statua presentata ai rappresentanti del J.P. Getty Trust nel corso del negoziato, la Procura della Repubblica di Pesaro iscrisse nel Registro degli indagati Romeo Pirani, Guido Ferri, Pietro Barbetti, Fabio Barbetti, Giacomo Barbetti ed altri soggetti da identificare per i reati puniti dagli artt. 66 della Legge 1 giugno 1939 n. 1089, 97 della Legge n. 1424 del 1940, 510 e 1146 del R.D. 30 marzo 1942 n. 327, 110, 476 e/o 483 del Codice Penale.

L'istruttoria dibattimentale e la produzione documentale del J.P. Getty Trust hanno consentito di integrare le indagini svolte dai Carabinieri TPC, ininterrottamente dal 1965, sulla introduzione e l'occultamento della statua nel territorio fanese, nonché sulla sua illecita esportazione e successiva vendita all'estero facilitata da operazioni di triangolazioni a copertura della sua illecita provenienza dall'Italia.

In proposito, ha assunto rilevanza di ulteriore innesco di indagini un articolo apparso sul Los Angeles Times in data 11 maggio 2006 che ha consentito ai Carabinieri del Nucleo TPC di acquisire in copia digitale un documentario prodotto il 20 aprile 1979 dall'emittente televisiva ABC News di Los Angeles, nel quale Thomas Hoving, già direttore del Metropolitan Museum di New York, ricostruiva da protagonista la vicenda della statua dopo l'esportazione.

Il 24 aprile 2007 i CC. TPC interrogarono a New York T. Hoving, che dichiarò di aver visto per la prima volta il bronzo il 13 dicembre 1972 a Monaco di Baviera presso la galleria di Heinz Herzer e che in quel momento la statua era sottoposta al processo di ripulitura dalle incrostazioni.

La statua era posta in vendita al prezzo di 3,5 milioni di dollari. Il MET tuttavia aveva già speso il *budget* previsto per gli acquisti ed Hoving pensò di proporre al J. Paul Getty un acquisto congiunto della statua. Dopo un primo contatto telefonico, i due si incontrarono a Londra il 14 giugno 1973 ed in quella occasione Hoving ricevette dal Getty l'incarico di negoziare con Herzer e la società Artemis l'acquisto dell'opera.

J. Paul Getty indicò il prezzo di acquisto in 3,5 milioni di dollari, riservandosi però ulteriore tempo per riflettere sull'eventuale innalzamento del prezzo sino a 4 milioni di dollari.

Sempre a dire di Hoving, nella circostanza, il Getty, gli esternò le sue preoccupazioni circa le circostanze del rinvenimento e dell'esportazione della statua, essendo perfettamente consapevole che l'opera proveniva dall'Italia e che era stata raccolta fortuitamente da alcuni pescatori nelle loro reti al largo di Fano.

J. Paul Getty era anche a conoscenza che per tale vicenda era stato aperto un procedimento penale dall'A.G. italiana per il reato di ricettazione, che si era concluso con l'assoluzione di tutti gli imputati e pose, quindi, come condizione per l'acquisto del bronzo l'acquisizione delle autorizzazioni scritte da parte delle Autorità italiane.

Al ritorno negli Stati Uniti Hoving contattò immediatamente i membri della Commissione Acquisizioni del MET al fine di concordare le modalità dell'acquisto congiunto della statua ed i particolari dell'accordo.

Dietrich von Bothmer (membro della Commissione del MET) compilò il modulo di acquisizione della statua di Lisippo contenente tutti i dettagli della transazione. Al punto XII di tale scheda di acquisto il von Bothmer precisava di aver appreso dell'esistenza del bronzo dal suo amico Elia Borowski, che lo aveva visto per primo in Italia, all'interno della vasca da bagno di un sacerdote di Gubbio.

Il 25 giugno 1973 Hoving fece consegnare a mano una sua lettera a David Carritt, negoziatore designato dall'Artemis, nella quale comunicava di essere stato incaricato dal Getty di offrire per l'acquisto della statua la somma di 3,8 milioni di dollari, previo esame ed approvazione da parte del Consiglio del MET e dei legali del J.P. Getty Trust dei documenti concernenti la proprietà del bene¹¹⁸.

¹¹⁸ Nella lettera Hoving scrive testualmente «Come le ho chiarito nelle nostre conversazioni, (si erano in precedenza sentiti telefonicamente) la conclusione di questo acquisto da parte del Sig. Getty è soggetta all'esame ed all'approvazione del Consiglio del Metropolitan Museum e del Consulente legale del signor Getty, in relazione ad alcuni punti legali che possono richiedere qualifiche o certificazioni ...».

Il 26 giugno 1973, Hoving inviò a J.P. Getty una lettera dove venivano precisati i dettagli dell'accordo relativo al prestito ed alla comproprietà del bronzo¹¹⁹. Nella lettera venivano evidenziati dettagliatamente tutte le condizioni legali da chiarire e la documentazione da acquisire prima di concludere l'acquisto.

Hoving riferiva inoltre a J.P. Getty che il MET aveva già incaricato il proprio legale, H. Brownell, di acquisire presso le competenti autorità italiane le autorizzazioni scritte per l'acquisto del bronzo.

Anche questa lettera che, come la precedente, conferma la versione di Hoving al punto 5 precisa:

«Resta chiaramente sottinteso tra di noi che nessun impegno da parte mia è da considerarsi preso nei riguardi del bronzo greco fino a quando non vengano chiarite alcune condizioni legali. Queste riguardano: a) Il chiaro titolo di proprietà Artemis-Herzer, b) Se c'è o meno un possesso da parte dello Stato Italiano; c) Le circostanze che riguardano la sua uscita dall'Italia; d) la possibile giurisdizione sul pezzo da parte del Ministero della Cultura Belle Arti o altro ente del Governo Italiano; i) Come abbiamo detto, il consigliere generale del MMA, Herbert Brownell [...] Si metterà in contatto con gli avvocati dell'Artemis a Roma, Giovanni Manca e Vittorio Grimaldi, dello Studio "Graziadei", per rivedere tutti i problemi legali passati e presenti; ii) E' ugualmente chiaro che Herbert Brownell o il suo rappresentante si sforzeranno di discutere le questioni legali con le Belle arti, la Polizia Italiana o qualsiasi altro ente italiano per scoprire se ci possano o meno essere rivendicazioni legali sull'Atleta di bronzo. E' pure sottolineato che Herbert Brownell discuterà tutti i problemi legali con i vostri avvocati; iii) Ho accluso una copia della lettera a David Carritt in relazione all'offerta e a tutte le importanti questioni legali, come ne abbiamo parlato ...».

Hoving riferì ancora ai Carabinieri TPC che il giorno successivo, o due giorni dopo l'invio delle missive, ricevette da Londra una telefonata di David Carritt, che richiese di aumentare l'offerta di acquisto a 3,9 milioni di dollari. Hoving accettò e Carritt disse che l'affare era fatto.

Una settimana prima che la Commissione Acquisizioni del MET si riunisse per l'approvazione dell'acquisto Carritt telefonò ad Hoving riferendogli che il prezzo era aumentato a 4,2 milioni di dollari, su richiesta di Herzer, somma che avrebbe dovuto essere pagata in marchi tedeschi, in ragione della diminuzione del valore di cambio del dollaro.

¹¹⁹ Cfr. nota n. 27.

Hoving comunicò l'aumento a J.P. Getty, il quale disse che in nessun modo avrebbe accettato e diede ad Hoving istruzioni di attendere una settimana riproponendo poi l'offerta a 3,7 milioni di dollari, poi, dopo un'altra settimana, di abbassarla a 3,6 milioni di dollari e così via. J. Paul Getty esternò ad Hoving il sospetto che non si trattasse, in realtà, di un problema di soldi, ma del fatto che Herzer sapeva perfettamente che non era possibile fornire i documenti legali richiesti, provenienti dall'Italia.

La trattativa per l'acquisto della statua fallì e Hoving non ebbe più contatti con la società Artemis e con Herzer, venne cancellata la riunione della Commissione del MET e l'avv. Brownell pose fine alle sue indagini per ottenere le autorizzazioni dall'Italia.

Nella documentazione prodotta dalla difesa del Getty nel procedimento radicato innanzi al GUP di Pesaro relativo alla opposizione al diniego della confisca della statua, si fa espressamente riferimento alle trattative con il MET ed alle preoccupazioni nutrite da J.P. Getty espresse nella lettera inviata a Herzer il 31 agosto 1972, nella quale veniva richiesta all'antiquario tedesco copia degli atti del processo italiano e tutti i particolari della causa in ordine alla provenienza della statua¹²⁰.

In data 4 ottobre 1972 Gianni Manca e Vittorio Grimaldi, dello studio Ercole Graziadei (legali di Herzer e di Artemis) inviarono a Stuart T. Peeler (legale del Getty Museum) un parere "sulla questione del bronzo greco". Affermavano i legali che la statua era stata acquistata da un loro cliente ("Etablissement pour la Diffusion et la Connaissance des Ouvres d'Art D.C") in Brasile da un gruppo di venditori italiani con contratto stipulato in data 9 giugno 1971¹²¹ e riferivano che il bronzo era stato oggetto in Italia di un lungo processo dal 1965 al 1970 conclusosi con una sentenza definitiva di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello di Roma, alla quale il procedimento era prevenuto a seguito di rinvio da parte della Corte di Cassazione, sentenza che aveva assolto i venditori del bene con formula piena ("il fatto non costituisce reato").

I legali chiarivano che l'assoluzione era stata determinata dal mancato accertamento sia del luogo del rinvenimento, sia dall'incertezza circa la natura di bene di interesse storico archeologico della statua. I legali

¹²⁰ Nella nota per l'archivio a firma Norris Bramblett, Fiduciario e Tesoriere del Museo, si legge: «Il sig. Getty ha affermato che, subordinatamente all'ottenimento del titolo di proprietà incontestabile e supponendo di riuscire ad ottenerlo, di gradimento dell'avv. Stuart Peeler, (legale del Museo), raccomanderebbe ai fiduciari l'acquisto della statua».

¹²¹ Tale circostanza conferma le dichiarazioni rese da David Carritt che aveva riferito alla polizia inglese che il bronzo era stato acquistato da una succursale dell'Artemis la "Etablissement D.C." con sede a Vaduz nel Liechtenstein.

sottolineavano che lo Stato Italiano non si era costituito parte civile nel processo «mostrando così nessun interesse al recupero del bronzo. Né il bronzo né alcuna fotografia dello stesso sono mai stati prodotti durante il processo e la pubblica accusa si è basata soltanto su prove verbali. Di conseguenza non è legalmente provato che questo bronzo sia quello oggetto del processo ...».

I legali si ponevano, comunque, il problema di eventuali rivendicazioni da parte dello Stato Italiano, indipendentemente dalla sentenza di assoluzione, qualora fosse stata accertata l'identità tra il bronzo in questione e quello rinvenuto in Italia, ma sostenevano che tale prova era pressochè impossibile e che, di conseguenza, il Getty Museum non aveva alcun motivo di preoccuparsi, perché i loro clienti (Herzer e Artemis) avevano acquistato il bene in modo legittimo ed in buona fede dopo l'assoluzione dei venditori. Aggiungevano, che la sentenza comunque era ormai passata in giudicato e, in ogni caso, qualsiasi eventuale rivendicazione da parte dello Stato Italiano sul bene sarebbe stata preclusa dall'acquisizione della statua da parte dei loro clienti e da qualsivoglia cessionario degli stessi.

In data 26 agosto 1973 Heinz Herzer scriveva a Jiri Frel (curatore alla antichità del Getty Museum), facendo riferimento ai problemi insorti con Hoving nel corso della trattativa a causa dell'aumento del prezzo della statua dai 3,5 milioni di dollari inizialmente pattuiti ai 4 milioni di dollari richiesti a motivo della svalutazione del dollaro. Alla fine della lettera Herzer, in risposta ai questi legali posti dal Getty asseriva che «anche lo Stato Italiano ammette il nostro diritto incontestabile di proprietà sul bronzo; l'avv. Brownell (il legale incaricato da Hoving) verrà debitamente informato dai nostri legali italiani, indipendentemente dall'eventuale esito positivo dell'operazione».

In data 14 settembre e 1 ottobre 1973 il Grimaldi inviò due lettere a Brownell nelle quali comunicava che il Procuratore Distrettuale di Monaco aveva archiviato l'accusa (ricettazione e esportazione illecita dall'Italia della statua) originariamente mossa nei confronti dei suoi clienti perché non comprovata, ribadiva che dopo le pronuncia di assoluzione della Corte di Appello di Roma non potevano essere prospettate accuse nei confronti di Herzer e della Artemis e che il termine di prescrizione precludeva qualsiasi accusa per il reato di esportazione clandestina nei confronti dei suoi clienti, accusa che tuttavia non poteva essere formulata nei confronti dei suoi clienti perché gli stessi avevano acquistato il bene all'estero.

In data 3 novembre 1973 Heinz Herzer scriveva a Jiri Frel per comunicare il fallimento delle trattative per l'acquisto congiunto della statua da parte del Getty Museum e del MET, avendo appreso da Hoving che

J.P. Getty non era d'accordo sulla richiesta della somma di 4 milioni di dollari ed era disposto ad offrire solo la somma di 3,5 milioni di dollari, offerta che Herzer non poteva a sua volta accettare.

In data 8 luglio 1977 la Antiken H. Herzer & Co, nella persona di Heinz Herzer, inviò a Jiri Frel per comunicare di aver dato disposizioni all'ufficio di Artemis di inviare al museo tutta la documentazione in ordine agli aspetti giuridici inerenti alla statua greca in bronzo. I documenti tradotti in lingua inglese erano stati suddivisi in tre fascicoli di cui: «i fascicoli uno e due riguardano i fatti già noti ai Vostri legali [...] I fatti contenuti nel terzo fascicolo forniscono una prova ulteriore e definitiva della correttezza dello stato giuridico dell'oggetto ...».

Il 26 aprile 2007, i Carabinieri del TPC interrogarono Stephen Gorge Garrett, all'epoca vice-direttore del J.P. Getty Museum e direttore del museo dopo la morte di J. Paul Getty, che dichiarò di non conoscere nei dettagli l'operazione relativa al tentativo di acquisto congiunto della statua da parte del J.P. Getty e del MET.

Nella dichiarazione giurata, prodotta in giudizio dal J. Paul Getty Trust, Garrett afferma che né lui e neppure gli altri componenti del Consiglio dei Fiduciari del Museo avevano mai discusso l'acquisto del bronzo con Thomas Hoving.

J. Patrik Whaley, membro del Consiglio dei Fiduciari del J.P.G., nella dichiarazione giurata del 3 giugno 2009 riferisce di essersi occupato delle trattative concernenti l'acquisto del bronzo ed asserisce che nessun membro del Consiglio era a conoscenza di potenziali rivendicazioni sul bene da parte delle autorità italiane, oltre alle cause già risolte nel 1970.

Nell'assemblea dei Fiduciari del Museo J.P. Getty del 27 luglio 1977 venne approvato e deliberato l'acquisto della statua per un importo di 3.950.000 dollari¹²².

¹²² Il primo acquisto della «nuova era» post J.P. Getty del museo proviene dunque dal mercato nero e l'*Atleta* è ironicamente ribattezzato *Getty Bronze*. La fortuna critica dell'*Atleta vittorioso* inizia con Jiri Frel, il responsabile del dipartimento di Arti Antiche del Getty, con la pubblicazione del libro *The Getty Bronze* (1978). Prima di arrivare al Getty, Jiri Frel aveva lavorato al Metropolitan con Dietrich von Bothmer. All'interno del proprio museo, Frel sviluppa un metodo per aggirare l'approvazione del Comitato di acquisizione: le opere giungono alla collezione sotto forma di doni, spesso da parte della moglie. Il direttore del museo, Burton Fredericksen, dopo aver cercato senza successo, il sostegno dei Trustees per allontanare Frel, chiede una degradazione e diventa il responsabile del Dipartimento di Pittura. Nel 1985, Frel viene licenziato perché accusato di aver gonfiato il valore di alcune donazioni per assicurare ai suoi donatori maggiori sgravi fiscali ed è ospitato un anno nella villa a Castelvetrano del suo amico Gianfranco Becchina, il rivale di Giacomo Medici nel traffico illecito. A Jiri Frel, come responsabile

Il GIP del Tribunale di Pesaro con decreto 19 novembre 2007:

- ha riconosciuto la natura di bene archeologico del relitto pescato nelle acque dell'Adriatico e, quindi, sbarcato nel porto di Fano, occultato e quindi esportato;
- ne ha stabilito la identità con la statua denominato *Getty Bronze* nelle collezioni del J.P. Getty Museum;
- ha disposto la archiviazione del procedimento per morte dei responsabili o prescrizione del reato contestato;
- ha riconosciuto l'applicabilità della confisca del reperto archeologico, ma ha respinto la domanda del Pubblico Ministero in quanto presuntivamente acquistata dal museo americano in buona fede.

La Procura della Repubblica di Pesaro in data 29 novembre 2007 ha sollevato incidente di esecuzione relativamente al diniego di confisca della statua.

Il decreto, illegittimamente disapplicando la legge italiana che rende obbligatoria la confisca della "cosa di interesse archeologico", in quanto appartenete al patrimonio indisponibile dello Stato, aveva paradossalmente consentito ai responsabili della esportazione illecita e agli acquirenti del bene culturale archeologico il conseguimento del risultato di elusione del diritto italiano di tutela al cui presidio è dettato l'art. 66 della Legge n. 1089 del 1939 (ora art. 174 CBC).

In sede di opposizione è stata compiuta dal Giudice della esecuzione una istruttoria sulle vicende antecedenti e successive alla esportazione illegittima della statua e sulla sua vendita da parte della società *Establissement D.C* al J.P. Getty Museum.

Con ordinanza 15 gennaio-11 febbraio 2010 il Giudice della Esecuzione ha disposto la confisca della statua respingendo alcune eccezioni preliminari sollevate dalla difesa del museo americano.

Il 13 febbraio 2010 la difesa del museo ha presentato ricorso in Cassazione avverso la ordinanza di confisca e la Suprema Corte ha "convertito" il ricorso

del Dipartimento Getty, viene contestato il reato di associazione a delinquere e ricettazione di opere archeologiche ma il reato cade in prescrizione. Nel 2006 Marion True, è obbligata a dimettersi per dei prestiti personali ricevuti dai fornitori dei musei, e si trasferisce sull'isola greca di Paro, nella villa che le ha comprato il trafficante Christo Michaelides. Una revisione interna del Getty Museum indica la provenienza sospetta di circa 350 opere della collezione, per un valore di quasi 100 milioni di dollari. Il museo è accusato di aver acquistato almeno 42 opere da Giacomo Medici, nonostante egli si nascondesse dietro alcuni prestanome. Per tutti questi motivi, il Getty si guadagna il titolo di *Museo dei tombaroli* sulle pagine del *New York Times*.

in opposizione rimettendo gli atti al Tribunale di Pesaro che con ordinanza del 3 maggio 2012 ha confermato la confisca del reperto.

La Corte di Cassazione, nuovamente adita dal museo, nel frattempo ha sollevato una questione di costituzionalità degli artt. 666, comma 3, e 671 c.p.p che è stata decisa dalla Corte Costituzionale con sentenza 15 aprile 2015 n. 97 nel senso della illegittimità «nella parte in cui non consentono che, sulla istanza degli interessati, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolga nelle forme dell'udienza pubblica»; conseguentemente la Corte di Cassazione, con sentenza n. 49317 del 27 ottobre 2015 ha annullato la ordinanza del Tribunale di Pesaro con rinvio allo stesso ufficio per procedere a nuovo giudizio di opposizione.

Il Tribunale di Pesaro, rinnovata la istruttoria, nel corso della quale il museo ha avuto ampio spazio per svolgere le sue difese e produrre tutta la documentazione relativa al caso consentendo in tal modo una più ampia ricostruzione della vicenda in giudizio, ha confermato la confisca della statua con ordinanza 8 giugno 2018.

L'istruttoria svolta ha consentito un esame della posizione del J.Paul Getty Trust sulla falsariga della normativa della California in materia di acquisto di un bene mobile di rilevanza culturale "*a non domino*".

La Corte di Cassazione con sentenza 3 dicembre 2018 ha confermato il provvedimento di confisca della statua respingendo la richiesta del J.P. Getty Trust di esserne riconosciuto titolare del diritto di proprietà.

La prova della titolarità del diritto di proprietà sulla statua da parte del terzo estraneo al reato, anche a seguito di una catena di atti di compravendita successivi aventi il valore di fare retroagire la titolarità del diritto al momento della esportazione illecita, avrebbe impedito la confisca (art. 174 CBC).

La natura della confisca della “res” di interesse culturale nei reati di contrabbando e di esportazione illecita

1. I reati contestati nel procedimento penale conclusosi con l'archiviazione e la confisca della statua sono quelli di contrabbando ed esportazione illecita di bene culturale archeologico di “eccezionale interesse”.

La duplicità delle condotte contestate (introduzione ed estrazione dal territorio nazionale di cosa mobile) si è resa necessaria in quanto mentre erano conosciuti i pescatori fanesi che avevano rinvenuto la statua nel Mar Adriatico permanevano dubbi sulla identità dell'esportatore.

I reati sono stati commessi in Italia, da ciò è incontrovertibile la giurisdizione del giudice italiano anche quando questi è chiamato a valutare la posizione del terzo estraneo al reato detentore del bene all'estero.

La circostanza che il reato che dà luogo alla confisca abbia ad oggetto un bene che successivamente (anzi, proprio per la consumazione del reato) sia uscito dal territorio nazionale non priva il giudice penale italiano della giurisdizione, né tantomeno priva l'ordinamento italiano dallo strumento recuperatorio apprestato dalla legge al fine di far venire meno gli effetti della attività criminosa accertata.

Il giudice, conseguentemente, deve dare piena applicazione alla legge italiana non solo per l'accertamento del presupposto oggettivo del reato, ma anche per la verifica del titolo del possesso della “res” del terzo estraneo al reato.

2. Il semplice esame comparativo della disposizione sanzionatoria della condotta vigente al momento della contestazione del reato e quella applicata dal giudice di Pesaro confuta l'assunto della difesa del J.P. Getty Trust che l'art. 174 CBC abbia, riscrivendo la norma, implicitamente abrogato la disposizione relativa alla posizione del terzo estraneo.

L'art. 174 del D.lg.vo n. 42 del 2004, applicato *ratione temporis* nel processo penale nei confronti degli autori della appropriazione del bene¹²³

¹²³ Art. 511, comma 2 c. nav.: «Tuttavia gli oggetti di interesse artistico, storico, archeologico

e degli esportatori, prescrive: «... 3. 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 ...».

La disposizione riproduce quella contenuta nel comma 3 dell'art. 66 della Legge n. 1039 («... 3. 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 relativa alle cose oggetto di contrabbando») introdotta dall'art. 23 della Legge 30 marzo 1998, n. 88 in sostituzione della originaria disposizione «La cosa è confiscata. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando», vigente all'epoca delle condotte contestate.

La nuova disposizione di legge conferma, non peggiora, la tutela del diritto di proprietà del terzo spossessato estraneo al reato e conferma la natura della confisca nella fattispecie come provvedimento finalizzato al recupero al patrimonio culturale nazionale della “*res*” esportata senza previo accertamento della intensità della sua qualità testimoniale.

3. In relazione al reato di “Uscita o esportazione illecite” (art. 174 CBC) si pongono tre problemi:

- a) la natura del provvedimento di confisca nel caso;
- b) se la confisca possa essere disposta anche nel caso nel quale manchi l'accertamento del reato di esportazione illecita;
- c) se il titolo di proprietà sul bene culturale esportato deve essere posseduto al momento della esportazione illegittima e non al momento nel quale è prevista la pronuncia della confisca.

La natura giuridica della confisca culturale

Il legislatore nazionale ha individuato una categoria di cose che per la loro caratteristica di essere testimonianza della identità, materiale e spirituale, delle comunità che nel tempo si sono insediate e si sono sviluppate nel proprio territorio, devono essere sottoposte ad una disciplina giuridica differenziata. La disciplina differenziata, relativa a tutte le facoltà riconosciute come esplicite del diritto di proprietà, è finalizzata alla loro tutela e valorizzazione.

o etnografico, nonché le armi e gli apparecchi militari, quando il proprietario non curi di ritirarli, ovvero non si presenti nei termini indicati nel terzo comma del predetto articolo [510 c. nav.], sono devoluti allo Stato, salvo in ogni caso il diritto del ritrovatore all'indennità ed al compenso stabiliti nell'articolo precedente».

Individuato, quindi, l'interesse specifico che deve connotare la cosa per essere testimonianza degli interessi spirituali e materiali della società nella sua evoluzione nel tempo, sono state dettate le modalità per la individuazione di tale interesse nella singola cosa, presupposto necessario per mantenere, nel caso delle cose in proprietà pubblica, o per applicare, nel caso delle cose di proprietà privata, la disciplina speciale volta alla sua tutela e valorizzazione.

Il complesso delle cose che hanno “in sé” una tale qualità costituisce il patrimonio culturale nazionale.

La tutela, volta ad impedirne non solo la distruzione e il degrado, ma anche la dispersione, comprende necessariamente anche il controllo sulla circolazione interna ed internazionale della singola cosa.

È prioritario per la tutela del patrimonio culturale nazionale, che costituisce anche un obbligo riconosciuto e imposto da atti internazionali, che lo Stato di insidenza della cosa sia messo in grado di procedere a detta individuazione.

Tale individuazione è impedita dalla uscita della cosa dal territorio nazionale.

Il controllo riconosciuto allo Stato sulla uscita delle cose di interesse qualificato dal territorio nazionale è, dunque, finalizzato a preservare la integrità del patrimonio culturale nazionale (costituito non solo dalle “cose” già individuate come di interesse culturale, ma anche da quelle che pure possedendo la qualità non sono ancora state sottoposte alla verifica dell'interesse culturale) in tutte le sue componenti.

Le legislazioni degli Stati pre-unitari già prevedevano divieti di esportazione delle cose che presentavano interesse artistico o archeologico¹²⁴ e

¹²⁴ Già a partire dal secolo XVII furono adottate in alcuni Stati italiani misure dirette a limitare o vietare l'esportazione di beni culturali presenti nel territorio (v. testi in PAPPAGLIOLO, *Codice delle antichità e degli oggetti d'arte*, cit.). La Deliberazione del Granduca di Toscana del 14 ottobre 1602 subordinava a una licenza l'esportazione dalla città di Firenze di opere di pittori non viventi e proibiva del tutto la esportazione delle opere di venti maestri. La Deliberazione venne integrata con l'Editto del 26 dicembre 1754 con il quale il divieto venne esteso a numerose altre categorie di beni culturali (manoscritti, iscrizioni, medaglie, statue, urne, bassorilievi, dorsi, teste, frammenti, piedistalli e ad altre opere e cose rare). La violazione del divieto era sanzionata con la perdita del bene e una multa pari al doppio del valore della cosa di interesse culturale. Nel Regno di Napoli il divieto di “estrazione” senza licenza di quanto “monumento artistico” (statue, medaglie, vasi, strumenti e ogni altra cosa antica) venne sanzionato dalla Prammatica del 24 luglio 1735 con “la pena della perdita della roba che si estrae, e di tre anni di galera per gli ignobili, e di tre anni di relegazione per li nobili”. Nello Stato pontificio con l'Editto 2 ottobre 1802 si dispose il divieto assoluto di esportazione

la legislazione dello Stato unitario ha completato il catalogo delle cose di

di qualunque oggetto di antichità o di autore classico fiorito dopo il risorgimento delle arti. Il divieto venne confermato con l'Editto 7 aprile 1820 (conosciuto come "Editto Pacca") con il quale si prevedeva non solo che lo Stato era proprietario di tutti gli oggetti archeologici trovati sottoterra, ma anche che i privati erano obbligati a dichiarare allo Stato i beni culturali di cui erano proprietari. Inoltre, l'esportazione di oggetti d'arte era subordinata a una licenza, che poteva in ogni caso essere negata, e al pagamento di un dazio pari al 20% del loro valore. Nel Regno di Napoli il decreto del 13 maggio 1822 vietò di esportare "oggetti di antichità e d'arte". Le normative degli Stati pre-unitari in tema di beni culturali rimasero in vigore sino alla prima normativa del Regno d'Italia in tema di beni culturali che fu adottata con la Legge 12 giugno 1902, n. 185 (in «Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia», 27 giugno 1902, n. 149), contenente disposizioni circa la tutela e la conservazione dei monumenti ed oggetti aventi pregio d'arte e di antichità. La legge assoggettò l'esportazione di qualunque oggetto d'arte o antichità a una tassa progressiva applicata al valore di ogni singolo bene (art. 8, comma 1). Lo Stato aveva diritto di acquistare l'oggetto che si voleva esportare al prezzo fissato dalla stima, diminuito della tassa di esportazione (art. 8 o. 3) entro tre mesi dalla manifestazione dell'intento di esportazione. Per ovviare ad alcuni vuoti di tutela manifestatisi nella prima applicazione, fu emanata la Legge 20 giugno 1909, n. 364 (in «Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia», 28 agosto 1909, n. 150). La legge era applicabile alle "cose mobili e immobili che abbiano interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico", con esclusione degli oggetti d'arte di attori viventi o la cui esecuzione risalisse a oltre cinquanta anni (art. 1 comma 1 e 2) e stabiliva la inalienabilità delle antichità e delle belle arti se appartenenti allo Stato (art. 2 comma 1). Il proprietario o possessore di una cosa oggetto di notifica di "importante interesse" non poteva alienarla senza farne denuncia al Ministero della Pubblica Istruzione, il quale entro due mesi dalla denuncia, aveva il diritto di acquistare la cosa al prezzo del contratto di alienazione (diritto di prelazione artistica). Le alienazioni fatte in violazione della legge erano nulle (art. 29). Era vietata la esportazione "delle cose che abbiano interesse storico, archeologico e artistico tale che la loro esportazione costituisca un danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte" anche se per tali cose non fosse stata fatta in precedenza da parte della autorità la notifica di importante interesse (art. 8, comma 1). Il privato che intendeva esportare la "cosa" di interesse culturale doveva farne previa denuncia all'Ufficio esportazione, che poteva autorizzare o vietare la esportazione. Era considerata contrabbando l'esportazione consumata o tentata di cose in violazione della legge (art. 33). La cosa contrabbandata era confiscata a favore dello Stato e ove non fosse più possibile impossessarsene, il trasgressore era tenuto a pagare una indennità pari al suo valore. Quanto alle "cose" di interesse archeologico, lo Stato poteva eseguire scavi per recuperarle in tutto il territorio nazionale e concedere a enti e privati licenza di eseguire ricerche archeologiche, sulla base di determinate condizioni. Le opere scoperte nel corso degli scavi appartenevano allo Stato e il proprietario aveva diritto a una quarta parte di tali cose al prezzo equivalente, a scelta del Ministero della Pubblica Istruzione. Nel caso di scoperta fortuita di cose di interesse archeologico, lo scopritore o il detentore erano obbligati a farne immediata denuncia alla Autorità competente. Delle cose scoperte era rilasciata la metà o il prezzo equivalente al proprietario del fondo, fermi restando i diritti spettanti al ritrovatore nei confronti del proprietario del terreno.

interesse testimoniale componenti il patrimonio culturale nazionale da sottoporre a tutela e, quindi, a controllo sulla loro uscita dai confini nazionali.

L'art. 1 della Legge 1 giugno 1939, n. 1089 individua gli interessi oggetto di tutela, indicando, tra gli altri, l'interesse archeologico.

La cosa che presenta interesse archeologico è soggetta ad una specifica disciplina quanto alla sua ricerca e al ritrovamento (artt. 43-50 l. cit.).

Le cose ritrovate, anche accidentalmente, appartengono *ex lege* allo Stato e non possono appartenere ai privati se non acquisite prima del 1909 o assegnate a titolo di premio di rinvenimento.

Il D.lgs. n. 42 del 2004, per quanto qui interessa, mantiene inalterata la disciplina delle ricerche archeologiche e dei ritrovamenti e conferma che le cose di interesse archeologico «da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel suolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile ai sensi degli articoli 822 e 826 del Codice Civile».

La disciplina dettata dalla Legge n. 1089 del 1939, che disponeva che le cose di interesse archeologico di proprietà dello Stato o di enti e istituti pubblici potevano essere alienate «purchè non ne derivi danno alla loro conservazione e non ne sia menomato il pubblico godimento» (art. 24), è implicitamente confermata dall'art. 56 CBC e la disciplina civilistica relativa alla loro circolazione interna è rimasta invariata.

L'art. 53 del D.lgs. n. 42 del 2004 dispone, con rilevanza civilistica, che i beni culturali appartenenti allo Stato e agli altri enti territoriali pubblici costituiscono il demanio pubblico (art. 822 c. civ.) e appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato (art. 826 comma 2 c. civ.), per il che non possono essere sottratti alla loro destinazione «se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano» (art. 828 comma 2 c. civ.), e quindi sono soggetti ad autorizzazione per la vendita (art. 56), che può essere rilasciata solo «a condizione che i beni medesimi non abbiano interesse per le raccolte pubbliche e dall'alienazione non derivi danno alla loro conservazione e non ne resti menomata la pubblica fruizione».

A tale disposizione di legge sono sottoposte anche i beni mobili di interesse archeologico (i beni immobili e le aree di interesse archeologico sono, invece, inalienabili: art. 54, comma 1).

Le cose di interesse archeologico di proprietà privata ove assegnate a titolo di premio di rinvenimento o a ristoro del danno alla proprietà conseguente alle ricerche archeologiche sono state verificate sotto il profilo della loro “conservazione” e “pubblica fruizione” potenziale al momento della assegnazione e, quindi, possono essere alienate senza necessità di autorizzazione.

La loro uscita dal territorio nazionale comporta, di contro, la impossibilità oggettiva di verificare che non ne sia compromessa la conservazione e la pubblica fruizione e pertanto anch'esse sono soggette al preventivo rilascio della licenza (art. 36 l. cit.).

La licenza di esportazione, rilasciata previa presentazione della cosa di interesse culturale all'Ufficio preposto (art. 36 l. cit.), costituisce per le cose di proprietà privata l'occasione per la verifica del loro valore e per le cose di proprietà pubblica della insussistenza di un divieto di esportazione.

L'art. 66 l. cit. prevede il reato di esportazione illecita, cioè non autorizzata, delle «cose previste dalla presente legge e successive modificazioni: a) quando la cosa non sia presentata alla dogana; b) quando la cosa sia presentata con dichiarazione falsa o frammista ad altri oggetti per sottrarla alla licenza di esportazione e al pagamento della tassa relativa.».

L'art. 65, comma 3 del D.lgs. n. 42 del 2004 dispone che è vietata la esportazione «dei beni culturali mobili indicati nell'art. 10, commi 1, 2 e 3» e delle «cose mobili appartenenti a soggetti indicati all'art. 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta (ora settanta) anni, fino a quando non sia stata effettuata la verifica prevista dall'art. 12 (comma 2 lett. a) e dei beni, a chiunque appartenenti, che rientrino nelle categorie indicate all'art. 10, comma 3 (cose di interesse culturale particolarmente importanti) che il Ministero, sentito il competente organo consultivo, abbia previamente individuato e, per periodi temporali definiti, abbia escluso dall'uscita, perché dannosa per il patrimonio culturale in relazione alle caratteristiche oggettive, alla provenienza o appartenenza dei beni medesimi».

Possono uscire dal territorio dello Stato, previa autorizzazione, le cose di interesse culturale a chiunque appartenenti indicate nel comma 3 dell'articolo in esame, tra le quali, in proprietà privata, i reperti archeologici privi dell'interesse qualificato indicato nell'art. 10, comma 3 lett. a) e d bis).

Le disposizioni relative ai reperti archeologici del D.lgs. n. 42 del 2004 specificano disposizioni già contenute nella Legge n. 1089 del 1939 e non hanno, dunque, natura innovativa che ne impedisca l'applicazione anche alla statua raffigurante *L'Atleta vittorioso*.

La statua in ogni caso, cioè ove fosse o non fosse ritenuta di proprietà dello Stato, secondo la legge vigente al momento della sua uscita dal territorio nazionale, avrebbe dovuto essere presentata all'Ufficio per ottenere la licenza di esportazione, che sarebbe stata negata per l'eccezionalità del suo valore testimoniale.

L'esportazione senza licenza secondo la legge vigente al momento della esportazione (art. 66, comma 2 della Legge n. 1089 del 1939) e quella

vigente al momento della celebrazione del processo nei confronti dei responsabili della esportazione non autorizzata (art. 174 comma 3 D.lgs. n. 42 del 2004) avrebbe comportato la sua confisca.

Nella normativa generale penale in materia di impossessamento di beni è in genere omessa ogni previsione specifica circa la sanzione accessoria della confisca, ma ciò consegue alla attribuzione della proprietà del bene culturale *ex lege* allo Stato.

Il titolo di proprietà vantato dallo Stato sul bene è, dunque, titolo addirittura più forte di quello che fonda l'istituto pubblicistico della confisca.

Su questo aspetto è possibile richiamare la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale, sia pure con differenti argomentazioni, ha affermato «l'inapplicabilità della misura di sicurezza della confisca ex art. 240 secondo comma c.p. poiché si tratta di cose appartenenti a titolo originario allo Stato, sicché non è possibile acquisire la proprietà di una cosa propria.»¹²⁵.

Tuttavia tale diritto di proprietà a titolo originario ove i beni si trovino in territorio estraneo alla sovranità dello Stato risulta fruibile solo attraverso gli strumenti della cooperazione internazionale, la quale sovente richiede un formale provvedimento di confisca che, qualora concesso, verrà poi inviato all'autorità richiesta per un formale riconoscimento o *exequetur*. Procedimento recuperatorio che in questa ipotesi si rende necessario non solo per i profili strumentali ora indicati, ma soprattutto perché lo Stato italiano non può autonomamente riconoscersi un titolo originario di proprietà, specie quando non è in grado di affermare la sua signoria sui beni culturali, in quanto, per l'appunto, collocati in territorio estero.

La disciplina della confisca culturale che non lasciava al terzo estraneo al reato il diritto di proprietà sul bene oggetto della esportazione illecita, dettata dalle Leggi nr. 364 del 1909 e nr. 1089 del 1939 per l'efficace tutela del patrimonio culturale nazionale, è stata modificata dalla Legge nr. 88 del 1998 con formula riprodotta, infine, nell'art. 174 del D.lgs. n. 42 del 2004.

Tuttavia questa modifica non può comportare che la tutela pubblica dei beni culturali venga ad essere del tutto attenuata, visto che occorre comunque bilanciare i valori, anche di rilievo costituzionale: da un lato, l'indubbia tutela della persona che sia effettivamente in buona fede, vale a dire che non abbia dato causa alle violazioni in contestazione neppure con atti negligenti; e, dall'altro, l'esigenza di tutela del patrimonio culturale italiano.

Al riguardo, non appare inutile ricordare che se in casi eccezionali si viene a pronunciare la confisca del bene, tale provvedimento è obbligatorio.

¹²⁵ Cass. Pen., sez. 3, 28 maggio 2004 n. 23295.

Detta confisca, come quella prevista dalla legge doganale relativa ad ogni bene-merce, si differenzia come noto, e come la giurisprudenza non ha mancato di rilevare, dall'istituto della confisca disciplinata in via generale dall'art. 240 c.p. sia perché obbligatoria, sia perché non presuppone sentenza di condanna. Essa infatti deve essere disposta anche in caso di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione o per morte del reo. La giurisprudenza ha ritenuto sotto questo profilo sufficiente l'accertamento obiettivo del fatto in sede penale¹²⁶.

La confisca della cosa di interesse culturale esportata senza autorizzazione non ha una funzione sanzionatoria, ma recuperatoria.

Lo ha, in primo luogo, in quanto è strumentale allo adempimento dello Stato dall'obbligo internazionale di identificazione, salvaguardia e valorizzazione delle cose di interesse culturale.

La confisca culturale è recessiva rispetto alla proprietà singola (pubblica o privata), ed è tale recessività che sta a fondamento della riconosciuta natura recuperatoria del bene.

Ne consegue che ove nel procedimento penale innescato dalla *notitia criminis* della uscita illecita dal territorio dello Stato della cosa di interesse culturale e nel contraddittorio del possessore attuale del bene venga accertata la assenza di un titolo di proprietà di questi nel momento dello accadimento del fatto illecito deve essere disposta la confisca del bene.

Ove manchi il contraddittorio in sede penale con chi vanta il diritto di proprietà sul bene e venga disposta la confisca, questi potrà opporre il provvedimento di confisca in sede esecutiva penale o con un autonomo giudizio civile per fare accertare il suo titolo sul bene e la conseguente illegittimità del provvedimento di confisca.

¹²⁶ Cassazione penale, sez. III, n. 42458, 10 giugno 2015 (22 ottobre 2015), Pres. Fiale, Est. Di Nicola, rie. Almagià Con la sentenza la Corte di Cassazione si è pronunciata in merito alla confisca di beni culturali prevista dall'art. 174 comma 3 del D.lgs. 42/2004, ammettendo la sua applicazione anche in caso di proscioglimento per prescrizione del reato. La sua natura giuridica esclusivamente recuperatoria – al contrario di quanto sostenuto impropriamente da una sentenza coeva della stessa Suprema Corte – sottrae in radice la confisca in esame dall'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU e dal derivante principio enunciato dalla sentenza Varvara, in forza del quale non può essere disposta una confisca 'penale' in assenza di un pieno accertamento della colpevolezza del reo. Inoltre, tale peculiare finalità riparatrice pone interessanti spunti di riflessione in relazione alla posizione del terzo estraneo, inducendo a prospettare, anziché una natura amministrativa come sostenuto dalla Corte di Cassazione, una natura eminentemente civilistica della misura in esame.

Se la confisca possa essere disposta anche nel caso di mancanza di condanna

Il rapporto tra la nozione di “bene culturale” elaborata a fini amministrativi dalla legge n. 1089 del 1939 e confermata dal D.lgs. n. 42 del 2004 per la sottoposizione della “cosa” a tutela e valorizzazione e la nozione di bene appartenente al patrimonio culturale che fa da sfondo ai reati previsti dalla disciplina di settore comporta problemi di coordinamento¹²⁷.

Se, da un lato, 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 alle norme relative alle *res* di interesse culturale e la formulazione di alcune fattispecie incriminatrici farebbero propendere per una nozione autonoma di bene culturale, di matrice sostanziale, valida ai fini penalistici.

L'alternativa, altrimenti detto, è tra la tutela penale del (solo) patrimonio culturale dichiarato, circoscritta alle “cose” il cui valore culturale sia stato oggetto di previa dichiarazione, e la tutela penale (anche) del patrimonio culturale reale, che si estende alle “cose” dotate di “intrinseco”

¹²⁷ Attorno alla circolazione illecita di beni culturali si è consolidato un mercato esteso e particolarmente florido, quantitativamente paragonabile, stando ad alcune stime, a quello relativo alle sostanze stupefacenti. 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 negli stupefacenti delle armi, rappresentano una risorsa limitata e non rinnovabile. A ciò si aggiunga che una parte integrante della filiera criminale legata alla circolazione illecita dei beni culturali è quella relativa alle operazioni di lavaggio del bene, finalizzata a una immissione nello stesso nel circuito lecito del commercio d'arte: ne deriva non solo un rapporto di stretta connessione con i reati di riciclaggio e di ricettazione, ma anche l'estrema difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra il mercato legittimo e quello illegittimo, i quali finiscano per permearsi vicendevolmente. La sfumata progressione che dal mercato nero passa per quello grigio fino ad approdare al mercato lecito rende particolarmente complesso anche l'intervento del diritto penale. V. MANES, *La circolazione 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*, Giuffrè Editore, Milano 2015, p. 84; P.B. CAMPBELL, *Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage*, in «International Journal of Cultural Property», 2003, p. 113; P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, in A. MANNA (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Giuffrè Editore, Milano 2005, pp. 252 ss.

valore culturale e che prescinde da un accertamento dello stesso ad opera delle autorità amministrative competenti¹²⁸.

Dal confronto tra la fattispecie della “ricettazione dei beni culturali” (art. 648 c.p) con quella dello “impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato” (art. 176 CBC) risulta di tutta evidenza come nel reato di illecita esportazione (art. 174 CBC) non sia richiesto l'accertamento preventivo del carattere della “culturalità” dell'oggetto del reato.

Infatti, l'oggetto materiale del reato in esame (così come l'oggetto materiale del reato di mancato o tardivo rientro in violazione dei termini imposti dall'attestato di temporanea esportazione) deve presentare un obiettivo interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, e non è richiesta alcuna dichiarazione o notifica. Con riferimento al provvedimento autorizzatorio, la Cassazione penale (Sezione III, sentenza 29 agosto 2017, n. 39517) ha ribadito il principio, riaffermando che la norma incriminatrice di cui all'art. 174 CBC punisce non già la violazione del divieto di esportazione, bensì, 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.

Ne consegue che, sussistendo la qualità di “cosa di interesse culturale” e mancando l'attestato richiesto o la necessaria licenza, è di tutta evidenza la configurabilità del reato, indipendentemente dalla produzione di un danno al patrimonio artistico nazionale.

Sempre la medesima pronuncia statuisce la piena legittimità del “sequestro probatorio” alla dogana di “beni culturali” qualora chi esporta non sia in grado di dimostrare che sono opera di autore vivente o che la loro esecuzione non risalga ad oltre cinquant'anni. Soltanto in questi due casi, infatti, l'esportazione non necessita di alcuna autorizzazione.

La confisca obbligatoria di cui al terzo comma dell'art. 174, ad avviso della Suprema Corte di Cassazione, ben potrebbe consistere in una “confisca senza condanna”, applicabile a prescindere dalle intervenute prescrizioni del reato¹²⁹.

¹²⁸ F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in «Riv.it.dir. proc.pen.», 1, 1976, p. 64.

¹²⁹ Cass. Pen., sezione II, 28 febbraio 1995, n. 1253, CP, 1996, 1579 e Cass. Pen., Sezione III, 4 novembre 2009, n. 49438, dove si legge che l'art. 174, così come la corri-

Così tratteggiati i rapporti tra declaratoria di estinzione per prescrizione e confisca, resta da domandarsi se il diritto processuale inibisca la confisca in sede di archiviazione.

Il provvedimento di confisca deve considerarsi atto afferente alla fase esecutiva, giuridicamente scindibile e autonomo rispetto a quello di archiviazione¹³⁰.

E ciò è tanto vero che contro la confisca applicata in sede di archiviazione l'unico rimedio spendibile consiste nell'incidente ex art. 676, comma 1, c.p.p. che afferisce proprio al procedimento di esecuzione¹³¹.

Si sosteneva un tempo che l'ordine di confisca non potesse essere pronunciato contestualmente alla archiviazione a causa della natura *de plano* di questo provvedimento¹³². In realtà il decreto di archiviazione presenta la stessa natura della sentenza di proscioglimento all'esito dell'udienza preliminare: al pari di questa consegue all'attività investigativa, deve essere giustificato sulla base della insostenibilità dell'azione in giudizio (artt. 408 c.p.p. e 125 art. c.p.p.) e può essere posto nel nulla da nuovi elementi di prova, riconosciuti come tale da un provvedimento giurisdizionale. Tra l'altro, ai fini della capacità testimoniare, come è noto, la condizione dell'indagato beneficiario di un provvedimento di archiviazione è identica a quella dell'imputato prosciolto all'esito di udienza preliminare.

In forza della constatata analogia dei citati provvedimenti, se non è contestata la possibilità di applicare la confisca contestualmente al proscioglimento all'esito di sentenza di udienza preliminare, non si vede cosa impedisca analogo risultato in caso di archiviazione. Tra l'altro ogni altra soluzione sfiorerebbe l'assurdo: infatti, il pubblico ministero dovrebbe esercitare l'azione penale al solo fine di ottenere l'ordine di confisca all'esito del giudizio, benché il reato sia prescritto ovvero sia palese il difetto dell'elemento soggettivo o addirittura l'imputato sia deceduto¹³³.

spondente previsione del Testo Unico del 1999 rende "obbligatoria la applicazione della misura di sicurezza tanto nel caso in cui l'imputato sia stato dichiarato colpevole e condannato, quanto in quello in cui sia stato prosciolto per cause che riguardino la materialità del fatto e che non interrompano il rapporto tra la res ed il reato".

¹³⁰ Cfr. Cass.pen., sez. IV 23 aprile 1991, in «Giur. It.», II, 123, 1992; Cass. pen., sez. I, 8 aprile 1991, Zanetti, in «Giur. It.», II, 124, 1992.

¹³¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 26 aprile 2007; Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008 n. 241146, in tema di contrabbando; Cass., sez. I, 5 febbraio 2009, in tema di armi.

¹³² T. LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, in «Giur. It.», II, 123, 1992.

¹³³ Cass.pen. sez. II, 4 giugno 2009, in tema di contrabbando, laddove si afferma espressamente che «la confisca obbligatoria [...] deve essere disposta anche con il decreto di archiviazione pronunciato per cause che non attengono alla sussistenza del fatto e al rapporto con il soggetto autore e che non è sostenibile che per potersi disporre la confisca il

Se il titolo di proprietà sul bene deve essere posseduto dal terzo al momento della esportazione

Il reato di esportazione illecita si perfeziona nel momento in cui il bene culturale varca in uscita il confine del territorio nazionale: in questo caso l'ordinamento prevede l'adozione obbligatoria della misura della confisca (art. 66, Legge n. 1089/1939, art. 174, D.lgs. n. 42/2004).

Il principio della salvezza dei diritti del terzo estraneo al reato, derivato dalle pronunce della Corte Costituzionale in materia di confisca¹³⁴, afferisce all'ipotesi in cui il bene, nel momento in cui viene esportato, appartenga a un soggetto estraneo al reato (ad esempio vittima di furto o appropriazione indebita del bene) e, dunque, il reato venga perpetrato a danno non solo dello Stato (e degli interessi pubblici di cui è portatore) ma anche di un terzo che sia legittimo proprietario del bene.

L'art. 66, Legge n. 1089 del 1939, prima, e ora l'art. 174, D.lgs. n. 42/2004 prescrivono l'obbligatorietà della azione ripristinatoria/recuperatoria dello Stato, facendo salvo unicamente il caso del bene che appartenga a un terzo estraneo al reato al momento della esportazione.

L'art. 66 cit. (come integrato da Corte Cost. sentenza n. 2 del 1987) non consente di avallare i trasferimenti successivi del bene culturale avvenuti in violazione delle norme penali, civili e amministrative italiane: il terzo che acquisti il bene dopo la sua illecita esportazione dall'Italia può unicamente rivalersi sul proprio dante causa, senza che possa essere pregiudicato il primario interesse dello Stato al rientro del bene sotto il suo dominio ed entro i confini nazionali (interesse al quale è funzionale la confisca).

La posizione del J.P. Getty Trust

Nel caso in esame, emerge incontestabilmente dalle risultanze probatorie in atti che la statua dell'*Atleta vittorioso* era *ab origine* di proprietà dello Stato italiano in quanto rinvenuto nelle acque territoriali italiane (o acquisito *ex lege* allo Stato per la mancata denuncia del suo ritrovamento

PM sia costretto a esercitare la azione penale ove già risulti l'inutilità del dibattimento per avvenuta prescrizione del reato o per evidente mancanza dell'elemento soggettivo ovvero in caso di morte dell'imputato».

¹³⁴ Corte Cost., n. 2 del 1987 in relazione alla confisca di cui all'art. 66, Legge n. 1089 del 1939.

casuale in acque internazionali), e non vi è mai stato, pertanto, un “terzo” (rispetto allo Stato) proprietario del bene.

Ad ogni modo, anche volendo ipotizzare che vi fosse un terzo proprietario (Ferri-Pirani, o Barbetti), è incontestato che la statua è uscita dal territorio italiano senza una licenza di esportazione, e certo non contro la volontà di colui che, all’epoca dell’esportazione, ne era clandestinamente il possessore (o, in via subordinata, il proprietario).

Il J.P. Getty Trust è il secondo acquirente della statua ed il suo contratto di acquisto non è opponibile all’Italia in quanto “*a non domino*”. La nullità del contratto di acquisto della statua dei Barbetti e dei successivi contratti di vendita all’estero non consentiva di riconoscere legittimo il suo possesso, a titolo derivativo, al momento della uscita illecita dal territorio italiano.

L’art. 66 cit. (come integrato da Corte Cost. sentenza n. 2 del 1987 citata) non può salvaguardare la posizione di qualsiasi altro terzo, che abbia acquisito il possesso del bene in un momento successivo all’uscita del bene dal territorio nazionale per effetto di passaggi successivi fondati su contratti nulli o comunque inefficaci (data la rilevanza della nullità, ex art. 61, Legge n. 1089 del 1939, del primo contratto di compravendita nella catena di cessioni della statua).

In questi casi deve prevalere la misura della confisca, che opera, in definitiva, ora per allora, cioè al momento in cui il bene è stato fatto uscire indebitamente dal territorio nazionale ed è finalizzata, *in primis*, a garantire il rientro del bene nel territorio italiano ripristinando la situazione violata dal fatto delittuoso.

La confisca in parola risponde a una finalità essenzialmente recuperatoria di una *res extra commercium* (o comunque una “*res*” commerciabile ed esportabile solo a condizione che siano adempiuti specifici obblighi e acquisite specifiche autorizzazioni), che non può essere sottratta al patrimonio culturale italiano né può uscire dal territorio nazionale e dal dominio che lo Stato esercita su di essa senza il rispetto delle condizioni e modalità sancite dalla legge¹³⁵.

La volontà del legislatore (attuativa dell’ordine costituzionale impartito dall’art. 9, Cost.) è che sia adottata sempre, obbligatoriamente, la con-

¹³⁵ Sulla natura “recuperatoria” della confisca, v. Cass., sez. III penale, n. 42458/2015, secondo cui: «La confisca dei beni culturali esportati illecitamente risponde a una finalità essenzialmente recuperatoria di una *res extra commercium* insuscettibile di essere sottratta al patrimonio culturale italiano, essendone inibita, da un lato, la fuoriuscita dal territorio nazionale e, dall’altro, la sottrazione al dominio che lo Stato esercita su di essa».

fisca, dovendo necessariamente essere ripristinato il patrimonio culturale italiano.

La previsione della confisca obbligatoria da parte del giudice penale è, infatti, finalizzata a predisporre non già una sanzione penale accessoria, ma lo strumento più idoneo per il recupero all'estero del bene e il ripristino del patrimonio culturale della collettività.

Da quanto precede consegue che chiunque abbia acquistato il bene successivamente alla sua illecita esportazione, in buona o malafede, lo ha fatto sulla base di un titolo non opponibile al potere-dovere di confisca del giudice penale italiano, non rientrando nell'ipotesi prevista dall'art. 174 CBC (o art. 66, cit. vigente *ratione temporis*).

La disposizione che esclude la confisca ove il bene appartenga a soggetto estraneo al reato è posta a tutela del diritto di proprietà, e ciò deve essere interpretato alla luce del regime nazionale della titolarità di beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale.

La Corte Costituzionale con sentenza 19 gennaio 1987 n. 2 relativa all'art. 66 della Legge n. 1089 del 1939 ha statuito che «le norme richiamate sono illegittime nella parte in cui prevedono la confisca di opere tutelate oggetto di esportazione abusiva, anche quando risultino di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto». Con altra sentenza (la n. 1 del 1997) la medesima Corte, occupandosi dell'illegittimità costituzionale della norma ex art. 301 del DPR n. 43/1973, ha poi affermato, in via di principio generale, estensibile pertanto a tutte le fattispecie normative analoghe, così come a quelle di cui si era già in precedenza occupata, che «deve escludersi che la misura della confisca possa investire la cosa appartenente al terzo estraneo al reato quando questi dimostri di essere divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza e quindi in buona fede». Ed ha aggiunto, a migliore chiarimento del principio di portata generale, che «un simile sacrificio (perdita del bene) non può essere inflitto al terzo di buona fede: altro sono le attività illecite dell'autore del contrabbando, dei suoi eventuali concorrenti, di coloro che siano incorsi nei reati di ricettazione o di incauto acquisto, altra la posizione del terzo che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero elementi idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza del bene». Ha, quindi, concluso per l'incostituzionalità della norma «nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione delle stesse sul mercato».

Ciò peraltro non esclude che l'istituto della confisca speciale, di cui alle norme sopra richiamate, rimanga una confisca obbligatoria, su presupposti

diversi da quelli di cui all'art. 240 c.p. e quindi in deroga allo stesso.

Ciò significa pure che la sua estensibilità nei confronti del terzo possessore è subordinata alla prova della buona fede da parte di quest'ultimo, il quale giustamente è ammesso a fornirne la prova.

E va da sé che la buona fede del terzo non può essere presunta dal giudice, oltretutto in presenza di beni *extra-commercium* taluni dei quali di inestimabile valore artistico ed economico e che appartengono allo Stato.

In altre parole, la decisione della Corte Costituzionale non consente di utilizzare i criteri dettati da esigenze commerciali protezionistiche al fine di trasformare l'istituto della confisca obbligatoria in un istituto di confisca discrezionale; né il giudice può anticipare indebitamente la valutazione di merito circa la buona fede del terzo, che solo questi è ammesso a dare.

Al riguardo, non appare inutile trascrivere la giurisprudenza della Corte di Cassazione formata a proposito di altra fattispecie, ma che tuttavia può parimenti applicarsi al caso in esame: e così «... perché taluno possa qualificarsi persona estranea al reato e far valere il diritto di sequestro e alla restituzione del bene, ha l'onere di dimostrare di non avere mantenuto una condotta colposa, costituita dalla mancanza di diligenza nel controllo sull'operato del soggetto che ha materialmente e illecitamente compiuto il fatto costituente reato»¹³⁶.

Più in generale va ricordato che «in tema di confisca facoltativa ai sensi dell'art. 240 comma primo c.p., l'applicazione della misura è esclusa quando la cosa destinata a commettere il reato appartenga a persona estranea al reato stesso, ma l'onere di provare una siffatta preclusione grava sull'interessato, il quale dunque deve documentare, oltre alla titolarità del diritto vantato, l'estraneità al fatto e la buona fede, intesa quest'ultima come esclusione di atteggiamenti negligenti che abbiano favorito l'indebitato uso della cosa. Ne consegue che quando non risultino chiarite le circostanze in base alle quali l'autore del fatto ha potuto destinare la cosa alla commissione dell'illecito, la confisca è legittima»¹³⁷.

L'ordinamento italiano non attribuisce alle cose di interesse culturale la tutela differenziata in ragione del soggetto proprietario, limitando quindi la qualità di beni culturali alle sole cose appartenenti allo Stato, ma ha riguardo alla qualità oggettiva della cosa.

La confisca della cosa di interesse culturale è finalizzata al mantenimento della integrità del patrimonio culturale nazionale, testimonianza nella totalità della cultura sviluppatasi nel territorio italiano.

¹³⁶ Cass. Pen., Sez. I, 9 dicembre 2004 n. 1927.

¹³⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 8 luglio 2004 n. 37888.

La confisca, quindi, oltre alla funzione recuperatoria ha quella di consentire di valutare l'intensità testimoniale di civiltà insita nella singola cosa per sottoporla al regime giuridico di tutela proprio.

Se tale valutazione è stata operata prima della uscita definitiva della cosa, la confisca ha la funzione meramente ripristinatoria del patrimonio culturale nazionale del quale è componente essenziale; se, invece, tale valutazione della intensità testimoniale di civiltà insita nella cosa non è stata effettuata, la confisca consente di effettuare tale valutazione.

*L'esecuzione del provvedimento di confisca
della statua negli USA*

1. Il provvedimento di confisca dovrà essere eseguito negli USA e a tal fine rileva la sua natura di provvedimento a tutela della proprietà, quindi di un interesse economico.

Si tratta, altresì, di un provvedimento definitivo adottato nel pieno rispetto delle norme processuali a tutela del contraddittorio tra le parti in causa. Anzi, l'istruttoria è stata svolta, in conformità a principi condivisi internazionalmente, senza frapporre preclusioni allo svolgimento delle tesi difensive delle parti in giudizio.

Il fine della certezza delle situazioni giuridiche nello spazio viene perseguito principalmente attraverso due distinti ed autonomi percorsi che talora possono essere anche complementari.

La prima soluzione è la determinazione del diritto applicabile ad opera del giudice del foro secondo le norme di diritto internazionale privato. Indipendentemente se nazionali o di diritto uniforme, queste norme sono deputate a definire, in modo obiettivo e tendenzialmente predeterminato, il diritto applicabile alla fattispecie, attingendo, se del caso, da un ordinamento straniero richiamato.

Con determinati accorgimenti la localizzazione della fattispecie nello spazio può essere resa flessibile tramite la formulazione di circostanze di collegamento che permettano di individuare una regolamentazione la più aderente possibile alle caratteristiche di una specifica situazione o al tipo di interessi che vi sono sottesi.

Nel caso di specie non si è posto un problema di conflitto di leggi, ma della applicazione di una norma (l'attribuzione al legittimo proprietario del bene archeologico illecitamente sottratto) nazionale conforme a principi condivisi dalla comunità internazionale (Convenzione UNESCO del 1970).

Una seconda soluzione, che meglio si attaglia all'obiettivo dell'uniformità di regolamentazione nello spazio, è di rimetterla del tutto al modo

in cui la situazione sia già stata concretamente regolata da uno Stato straniero, specie con sentenza (o provvedimento giurisdizionale equiparato).

In questo caso, se sussistono le condizioni sotto dettagliate, opera nell'ordinamento straniero richiesto il principio della delibazione del provvedimento giurisdizionale straniero.

La sentenza straniera viene, in tale caso, assunta come strumento di regolamentazione della fattispecie ed espressione di certezza del diritto perché questa è, comunque, già acquisita in un ordinamento straniero a seguito di una procedura a ciò preposta.

La procedura di delibazione delle sentenze straniere non costituisce un quarto grado di giudizio nel merito, ma la verifica del rispetto di alcuni principi propri del "giusto processo". Quali:

- a) il giudice che ha pronunciato il provvedimento giurisdizionale poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento straniero;
- b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti della difesa;
- c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo e la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge;
- d) il provvedimento giurisdizionale è passato in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stato pronunciato;
- e) non pende un processo innanzi al giudice che deve delibare sul medesimo oggetto e tra le stesse parti che abbia avuto inizio prima del processo straniero;
- f) il provvedimento giurisdizionale straniero non è contrario ad altro provvedimento pronunciato dal giudice della delibazione passato in giudicato;
- g) le disposizioni del provvedimento non producono effetti contrari all'ordine pubblico dello Stato delibante¹³⁸.

¹³⁸ A. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Univ. Catania-Facoltà di giurisp. N.S.*, Giappichelli editore, Torino, 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità. Regolamento comunitario dell'11 luglio 2007*, in *Procedura civile. Commenti*, n. 861, Giappichelli editore, Torino, 2008; M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, t. II, Padova 2009, 893 ss.; M.E. ANCEL, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe*:

2. Negli USA non esiste alcuna legge federale o un Trattato internazionale che disciplini il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere nel Paese e la materia del riconoscimento e dell'esecuzione è lasciata all'autonomia legislativa dei singoli Stati della Confederazione.

La mancanza di una disciplina organica, che possa trovare applicazione nell'ambito dell'intero territorio confederale ha, tuttavia, stimolato l'intervento del National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, che nel 1962 ha inteso colmare tale vuoto normativo, attraverso la redazione di un apposito statuto intitolato *Uniform Foreign Money Judgment Regulation Act* (UFMURA), emendato nel 2005.

Si tratta di un documento che si propone di fornire ai singoli Stati della Confederazione i criteri e le procedure da adottare nel valutare l'idoneità delle sentenze emesse da tribunali stranieri ad ottenere il riconoscimento e la successiva esecuzione all'interno del territorio nazionale.

Ben 30, tra i quali la California, dei 50 Stati della Confederazione, oltre al Distretto di Columbia e delle Isole Vergini statunitensi, hanno provveduto alla sua adozione attraverso appositi interventi legislativi.

Lo Statuto è conforme ai principi generali relativi alla delibazione delle sentenze straniere riconosciuti dalla generalità degli ordinamenti giuridici della comunità internazionale ed è limitato alle sole decisioni provenienti da Tribunali di Paesi stranieri che comportano il pagamento di una somma di denaro, ma la disciplina potrebbe essere applicata in via analogica anche alle restituzioni di cose determinate.

Lo Statuto del 2005 elenca le circostanze che devono e/o possono giustificare il mancato riconoscimento della sentenza straniera da parte di un Tribunale statunitense.

Le situazioni in presenza delle quali una sentenza straniera deve essere giudicata "non conclusive" e, come tale, non soggetta ad alcun riconoscimento in territorio statunitense sono indicate come segue:

Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), in *Droit des affaires*, IV ed., L.G.D.J, Paris 2010; O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Cedam, Padova, 2009; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Jovene, Napoli 2012; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, in *Studi scienze giur. soc. Univ. Pavia. NS*, Cedam, Padova 2002; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento CE n. 44/2001*, II ed., Cedam, Padova 2006; C. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra diritto e reciproca fiducia*, Cedam, Padova 2012.

- a) la sentenza sia stata emessa in un Paese in cui i Tribunali non garantiscono un procedimento imparziale o, comunque, non adottino procedure che soddisfino i requisiti del “giusto processo”;
- b) il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sul caso di specie, risulti incompetente in quanto sprovvisto di giurisdizione per materia;
- c) il Tribunale straniero risulti incompetente a pronunciarsi sul caso di specie in quanto sprovvisto di giurisdizione nei confronti del convenuto.

In quest'ultimo caso, tuttavia, la mancanza di giurisdizione nei confronti del convenuto non rappresenta un impedimento al riconoscimento della sentenza straniera qualora ricorrano le seguenti circostanze:

- a) il convenuto ha ricevuto personalmente notifica dell'atto di citazione nel paese straniero in cui si è svolto il processo;
- b) il convenuto è comparso spontaneamente in giudizio e la sua comparizione non è dovuta al solo scopo di contestare la competenza del giudice nei suoi confronti o di proteggere i propri beni personali dal rischio di pignoramento;
- c) il convenuto, prima dell'inizio del procedimento, ha manifestato la propria volontà a sottoporre quella determinata controversia alla giurisdizione di quel determinato tribunale nel paese straniero;
- d) il convenuto era domiciliato nel Paese straniero al momento in cui il procedimento è stato avviato, oppure ivi si trovava la sede principale della sua attività lavorativa;
- e) il convenuto era titolare di un ufficio del paese straniero e la controversia era strettamente correlato all'attività lavorativa svolta in quell'ufficio;
- f) il conenuto era titolare di un veicolo o di un aeromobile registrato nel paese straniero e la controversia era strettamente correlata all'utilizzo di tale mezzo.

La circostanza, infine, che si tratti di una sentenza definitiva ed esecutiva non comporta l'automatico riconoscimento di una pronuncia straniera da parte dei Tribunali statali statunitensi. Lo statuto attribuisce, infatti, piena discrezionalità agli organi statali qualora ricorra una delle seguenti condizioni:

- a) il convenuto non ha ricevuto notifica dell'atto di citazione con sufficiente tempo per poter adeguatamente preparare la propria difesa in giudizio;

- b) la sentenza straniera è stata frutto di un inganno, che ha impedito alla parte soccombente di sostenere le proprie ragioni in giudizio;
- c) l'oggetto della controversia alla base della sentenza emessa dal tribunale straniero risulta contraria ai principi di ordine pubblico vincenti nello Stato americano chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento;
- d) la sentenza straniera è in contrasto con altra pronuncia emessa nel Paese o in altro Stato;
- e) il procedimento tenutosi nel Paese straniero risulta in contrasto con un precedente accordo intervenuto tra le parti, prima che la sentenza venisse ivi pronunciata;
- f) la sentenza straniera è stata emessa sulla base del semplice presupposto che la notifica dell'atto di citazione al convenuto è avvenuta nel paese straniero; pertanto, il principio del foro non conveniente trova applicazione.

Il provvedimento di confisca della statua raffigurante l'*Atleta vittorioso* di Lisippo, di natura relativa a diritti patrimoniali (quale è il diritto di proprietà), è stato emesso nel legittimo contraddittorio del J. Paul Getty Trust, che ha svolto senza limiti le proprie difese, e quindi rientra a pieno titolo nel provvedimenti di carattere giurisdizionale stranieri che possono essere riconosciuti dalla legislazione civile della California.

*Legittimità dell'incidente di esecuzione
relativo alla statua L'Atleta vittorioso di Lisippo
in relazione alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*

1. In sintonia con il dettato costituzionale e in attuazione delle indicazioni delle istruzioni del diritto internazionale, il processo dovrebbe essere “giusto”, nel senso che deve predisporre misure idonee ad assicurare l'effettività e la produttività delle azioni nella manifestazione delle dinamiche processuali, concretizzando i principi del contraddittorio, della parità delle parti, della ragionevole durata e del giudice terzo ed imparziale¹³⁹.

Il principio della preminenza del diritto è uno degli elementi del patrimonio spirituale comune agli Stati membri del Consiglio d'Europa. L'art. 6 – diritto ad un equo processo –¹⁴⁰ della CEDU garantisce sostanzialmente il diritto ad un processo (civile, penale e amministrativo) e, quindi, il diritto per chiunque è sottoposto alla giustizia ad una “buona amministrazione della giustizia”.

Benchè la preoccupazione di assicurare un giusto equilibrio tra i requisiti dell'interesse generale della collettività e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo pervada la Convenzione nel suo complesso, si è affermato che in una società democratica il diritto ad una

¹³⁹ S. PIRANO, *Giustizia e processo*, in «Dir.di Fam. e delle Pers.», fasc. 4, 2015, p. 1413.

¹⁴⁰ «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà della controversia sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata direttamente necessaria dal Tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto: ...».

buona amministrazione della giustizia occupa un ruolo così elevato che non lo si può sacrificare all'opportunità.

Bisogna intendere con ciò che il margine di valutazione, vale a dire il certo potere discrezionale riconosciuto agli Stati nell'applicazione dei diritti e delle libertà, è nella fattispecie molto ridotto.

Tanto porta ad interpretare le differenti garanzie contenute nell'art. 6 in modo che non siano teoriche o illusorie, ma concrete ed effettive.

Così in un settore che ricade nell'ordine pubblico degli Stati membri del Consiglio d'Europa, una misura o una soluzione denunciata come contraria all'art. 6 richiede un controllo particolarmente rigoroso. Infatti, l'art. 6 della Convenzione mira ad imporre allo Stato un obbligo di risultato.

Se, quindi, gli Stati godono di una grande libertà nella scelta dei mezzi idonei a consentire al loro sistema giudiziario di soddisfare i requisiti di tale disposizione, le risorse offerte dal diritto interno devono, comunque, essere effettive.

In linea generale le differenti garanzie previste da tale disposizione costituiscono aspetti della garanzia generale dell'equo processo.

Peraltro, non compete all'organo giudiziario sovranazionale trattare pretesi errori di fatto o di diritto commessi da un tribunale interno, salvo se e nella misura in cui potrebbero avere arrecato un pregiudizio alle garanzie della disposizione precitata.

Inoltre, il controllo sovranazionale non può vertere sulla fondatezza delle decisioni giurisdizionali.

Il controllo concerne solo la regolarità, vale a dire la conformità con la Convenzione, del procedimento seguito in diritto nazionale per pervenire al risultato raggiunto (nel caso la confisca della statua per mancanza di titolo di proprietà opponibile da parte del J.P.G. detentore).

È quindi il rispetto delle regole del gioco che è preso di mira e non il contenuto materiale delle decisioni nazionali che si sottrae, in quanto tale, al controllo degli organi della Convenzione.

In ordine all'interpretazione delle norme contenute in tale disposizione è evidente il principio di autonomia che deve essere applicato. Occorre, dunque, intendere le nozioni di "diritti e obblighi di carattere civile" e di "accusa" penale nel significato autonomo che assumono nel contesto della Convenzione.

2. Si deve premettere che nella fattispecie in esame non si verte nel campo del diritto penale, ma in quello civile relativo alla tutela della proprietà.

La scelta del legislatore nazionale è di avere inserito in un procedimento penale per il reato di esportazione illecita di un bene culturale

una fase incidentale di accertamento della proprietà del bene oggetto del trasferimento all'estero.

La condotta di rilevanza penale non è l'appropriazione illecita di un bene, ma la sua uscita dal territorio nazionale sottraendolo al controllo della sua esportabilità.

Il J.P. Getty Trust ha dedotto la violazione del "giusto processo" per una serie di motivi, che saranno in prosieguo presi in considerazione singolarmente, tra i quali la mancata applicazione del rito di cognizione ai fini dell'accertamento dei reati.

La contestazione è priva di rilevanza in generale e, in particolare, in quanto nei suoi confronti non è stata contestata una condotta penalmente rilevante.

Si tratta di una censura che sarebbe destituita di fondamento anche sotto il profilo penale, dal momento che la CEDU fissa una serie di garanzie minime che devono essere assicurate nell'ambito di un processo penale (udienza pubblica, diritto al contraddittorio, parità delle armi), ma non prescrive anche che ogni accertamento in sede penale sia svolto con un rito processuale piuttosto che un altro tra quelli previsti dai singoli ordinamenti nazionali.

Guardando all'ordinamento italiano, ai fini del rispetto degli artt. 6 e 7 ("nessuna pena senza legge") CEDU, il legislatore nazionale può prevedere che l'accertamento alla base di una qualsiasi misura sanzionatoria sia svolto con un rito diverso da quello dibattimentale di cognizione, purché siano salvaguardate le sopra citate garanzie minime.

Nel caso di specie (accertamento dell'obbligo di pronunciare la confisca della statua) il giudizio di esecuzione, come svoltosi dinanzi al Tribunale di Pesaro, ha assicurato tutte le garanzie difensive previste dalla Convenzione EDU, né del resto il J.P. Getty Trust ha formulato puntuali, specifiche censure su una qualche lesione del proprio diritto di difesa, se non per quanto concerne genericamente la mancata applicazione del rito di cognizione.

Il riferimento alle competenze del giudice dell'esecuzione ex art. 665 c.p.p. è privo di rilevanza, dal momento che la Corte di Cassazione ha già stabilito nel processo in esame, con efficacia di giudicato (ordinanza n. 24356/2014), che la censura della mancata applicazione della confisca in sede di archiviazione spettasse alla competenza del giudice dell'esecuzione; inoltre, le competenze del giudice costituiscono un concetto ben distinto dai poteri di accertamento che questi esercita nell'ambito delle medesime.

Il Tribunale ha, dunque, correttamente rilevato che, nell'ambito delle sue competenze, disponeva di tutti i poteri istruttori e di accertamento per risolvere in via incidentale ogni questione da cui pendeva la decisione.

Ulteriore censura proposta alla legittimità del processo nel quale si è decisa la questione incidentale del diritto di proprietà della statua al momento della sua sottrazione al controllo degli organi preposti alla legittimità della esportazione è la violazione del principio del contraddittorio, che si traduce nell'obbligo procedurale di "offrire alla persona interessata un'adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione".

Secondo il Getty Trust, l'unico "*locus*" adeguato per l'esercizio dei diritti di difesa sarebbe il giudizio di cognizione, nel quale convergerebbero "le garanzie che consentono all'imputato di condurre ad armi pari la propria difesa, senza indebite coercizioni esterne od ostacoli ad una piana estrinsecazione del contraddittorio".

Nel caso in esame vi sarebbe stato un *vulnus* al diritto di difesa del J.P. Getty Trust, costituito dallo svolgimento di una prima fase *de plano* del procedimento, nella quale non vi è stata la garanzia della pubblicità dell'udienza, ma vi è stato pieno contraddittorio tra le parti, e che avrebbe determinato "il paventato sopravvenire di preclusioni probatorie".

Il motivo è infondato, in quanto nel giudizio di opposizione alla confisca non è stata fatta gravare sul J.P. Getty Trust (che non aveva la veste di imputato, ma al quale, invero, sono state fornite tutte le garanzie riconosciute all'imputato) alcuna preclusione processuale né probatoria rispetto alla fase c.d. *de plano* o qualsiasi fase precedente.

Il J.P. Getty Trust ha avuto la possibilità di esercitare tutti i suoi diritti difensivi, di esporre le sue posizioni, richiedere ogni tipo di prova anche contraria rispetto alle prove presentate dalla Procura della Repubblica e al materiale acquisito nella fase precedente, di produrre documenti, di rendere dichiarazioni spontanee in udienza attraverso il suo legale rappresentante Stephen Clark, di depositare pareri *pro veritate* sul diritto americano (che assumeva applicabile in relazione al titolo di proprietà della statua).

La fase *de plano* del procedimento di esecuzione si svolge *inaudita altera parte*, ha una valenza meramente interlocutoria e provvisoria che, analogamente ad altri riti del giudizio civile e penale, si caratterizza per una maggiore celerità e snellezza, ed è, comunque, sempre seguita da un giudizio, ad iniziativa di parte, che presenta tutte le garanzie difensive della parità delle armi, del contraddittorio e della pubblicità.

Soprattutto, appare rilevante il fatto che la fase *de plano* non comporta alcuna preclusione processuale, e in specie, probatoria a carico del destinatario della misura della confisca, dal momento che nel giudizio di opposizione gli è consentito – come è avvenuto nel caso in esame – chiedere l'assunzione

di nuove prove e dedurre l'illegittimità o, comunque, l'irrilevanza delle prove raccolte nella detta fase *de plano*.

L'art. 666, c.p.p., nel regolare la fase del giudizio di opposizione, non prevede alcuna preclusione per l'opponente rispetto alla fase *de plano*, e, del resto, nel caso in esame la difesa del J.P.G.T non ha allegato alcuno specifico pregiudizio concreto in termini di preclusione che le sarebbe derivato in termini di irreparabilità dalla fase *de plano*.

La giurisprudenza della Corte CEDU assegna particolare rilevanza, ai fini della valutazione della adeguatezza o meno del sistema di garanzie riconosciuto nelle prime fasi della procedura, precedenti a quelle del giudizio, al peso che dette fasi preliminari possano avere in relazione alla equità del processo da intendere nel suo complesso (art. 6 CEDU (v. Corte CEDU, sentenza 20 ottobre 2015, *Dvorski c. Croazia*, §§ 76 e 82, relativa al diritto all'assistenza di un avvocato nella fase delle indagini preliminari di un processo penale).

Pertanto, è in ogni caso risolutivo il fatto dell'assenza di pregiudizi gravi e irreparabili per la difesa del J.P. Getty Trust prodotti dalla fase *de plano* e la pienezza dei diritti di difesa per le parti e dei poteri giurisdizionali di accertamento e controllo in capo al giudice dell'opposizione ai sensi dell'art. 666, c.p.p.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte CEDU è costante: si veda, da ultimo, Grande Chambre, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 192: «§ 192. *La Cour a déjà examiné la question de savoir s'il peut être remédié à l'absence d'une audience publique devant la juridiction inférieure par l'organisation d'une audience publique au stade de l'appel. Dans un certain nombre d'affaires, elle a jugé que le fait qu'une procédure devant la cour d'appel se soit tenue en public ne peut compenser l'absence d'une audience publique aux échelons inférieurs lorsque la portée de la procédure d'appel est limitée, en particulier lorsque la cour d'appel ne peut se pencher sur le bien-fondé de la cause, c'est-à-dire, notamment, si elle n'est pas en mesure de contrôler les faits et de se livrer à une appréciation de la proportionnalité entre la faute et la sanction (voir, par exemple, en matière disciplinaire, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, précité, § 60, Albert et Le Compte, précité, § 36, Diennet, précité, § 34, et Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, § 42, Recueil 1998-III). Si, en revanche, la juridiction d'appel est dotée de la pleine juridiction, l'absence d'une audience à un échelon inférieur peut être corrigée devant cette juridiction (voir par exemple, Malhous, précité, § 62, et, en matière disciplinaire, A. c. Finlande (déc.), no 44998/98, 8 janvier 2004, et Buterlevičiūtė c. Lituanie, no 42139/08, §§ 52-54, 12 janvier 2016)».*

*La confisca recuperatoria culturale
e la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*

12.1. *Generalità*

Il termine “confisca” ha il significato generico di “apprensione di una cosa dal detentore”, ed uno specifico che dipende dalla “causa normativa” che legittima la “apprensione della cosa”.

La “confisca penale” è collegata alla commissione, o al tentativo di commissione, di un reato e si configura come misura di sicurezza a carattere patrimoniale consistente nell’espropriazione forzata e gratuita a favore dello Stato ed, in materia urbanistica, a favore del patrimonio del Comune, di tutte le cose che costituiscono il prezzo del reato, che sono servite a commettere il reato, di quelle che ne sono il prodotto e il profitto, nonché di quelle che sono di per sè criminose.

Tale misura può essere facoltativa o obbligatoria.

La confisca “facoltativa” è decisa dal giudice sulla base di un giudizio di pericolosità che deve tenere conto dell’effetto induttivo determinato nel colpevole dalla disponibilità della “res”.

La confisca è “obbligatoria” quando la pericolosità è intrinseca alla “res” e quindi il giudice non è chiamato al giudizio invece necessario per la confisca facoltativa (art. 240 c.p.).

La difesa del J.P.G. ha assunto che la confisca della cosa di interesse culturale esportata illecitamente costituisca una sanzione penale secondo la giurisprudenza della CEDU.

La tesi misconosce il fatto che nella fattispecie la condotta materiale sanzionata non è l’apprensione della cosa di interesse culturale da parte dell’imputato, ma l’esportazione (o il tentativo di esportazione) di una cosa di interesse culturale qualificato (art. 10, comma 3 CBC) in assenza di autorizzazione (art. 65, comma 3 CBC).

La *ratio* della previsione del reato è che il comportamento contestato è di impedire allo Stato di esercitare «Il controllo sulla circolazione internazionale (delle cose di interesse culturale) è finalizzato a preservare l'integrità del patrimonio culturale in tutte le sue componenti, quali individuate in base al presente codice e alle norme previgenti» (art. 64 *bis* CBC), non l'appropriazione di una cosa altrui (furto: art. 624 c.p) o l'aver evaso le imposte doganali (contrabbando: art. 301 TULD) o l'impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato (art. 176 CBC).

L'accertamento della carenza di "culturalità qualificata" (espressa con le locuzioni "interesse particolarmente importante "eccezionale interesse") o dell'assenza di divieto di esportazione della cosa determina l'assoluzione dalla imputazione.

La confisca prevista dall'art. 174 CBC, quindi, ha lo scopo di recuperare la "res" per accertare la «sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'art.10,comma3» o la sua non esportabilità (art. 65, commi 1 e 2 CBC).

La precisazione, contenuta nel comma 3 («Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato ...») conferma che la "*ratio*" della norma incriminatrice non è "penale" e che l'istituto è posto a tutela della proprietà privata delle "cose" che presentano l'interesse di cui all'art. 10, comma 3 CBC o della proprietà pubblica delle cose indicate nell'art. 10, commi 1 e 2 CBC¹⁴¹.

Il J.P. Getty Trust ha sostenuto che la "confisca recuperatoria" prevista dall'art. 174, comma 3 CBC ha valore di "pena" con la conseguente incompatibilità della disposta confisca della statua *l'Atleta vittorioso* con l'art. 1 dell'All. 1 CEDU.

La "pena", nel suo significato specifico in materia penale, è per definizione un pregiudizio fisico o patrimoniale imposto ad un soggetto in conseguenza di una condanna irrogata dall'autorità giudiziaria per un "comportamento" qualificato dall'ordinamento giuridico come configgente con i principi di convivenza della comunità nazionale.

¹⁴¹ Le cose di interesse archeologico appartengono "a titolo originario" allo Stato, ma ove si trovino in seguito ad esportazione non autorizzata all'estero, la loro tutela risulta attuabile solo attraverso gli strumenti della cooperazione internazionale i quali soventi richiedono un formale provvedimento di confisca che, qualora concesso verrà poi inviato alla Autorità richiesta di assistenza per il formale riconoscimento esecutivo o *exequatur*. Il provvedimento acquisitivo in questa ipotesi si rende necessario perché lo Stato non può autoritativamente riconoscersi un titolo originario di proprietà opponibile secondo il diritto dello Stato richiesto.

Al J.P.G. Trust non è stato contestato alcun comportamento rilevante penalmente, ma unicamente la titolarità del diritto di proprietà (assuntivamente legittimo secondo le norme del Regno Unito o della California in materia di acquisto di beni mobili “*a non domino*”) della statua al momento della sua uscita non autorizzata dal territorio italiano.

L'eccezione fa riferimento alla violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1, CEDU sotto i profili:

- a) della legalità;
- b) della garanzia dell'equo processo;
- c) della proporzionalità della misura ablatoria.

12.2. *La confisca culturale non è sanzione penale*

La confisca culturale non ha natura di sanzione penale secondo i parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte CEDU, ma costituisce una misura di carattere recuperatorio-ripristinatore, in quanto consente allo Stato di valutare l'intensità dell'interesse testimoniale della “*res*” in base ai criteri fissati in provvedimenti amministrativi nazionali a valenza generale.

Recentemente, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 43 del 2017, § 3.3, richiamando la sentenza della Grande Chambre CEDU 8 giugno 1976, *Engel* c. Paesi Bassi, § 82, ha indicato i presupposti necessari affinché si verta nel perimetro di una sanzione “penale”.

La Corte ha ribadito, in particolare, che se «la qualificazione giuridica formalmente attribuita a una sanzione dall'ordinamento nazionale è [...] solo uno degli indicatori di cui tener conto per stabilire l'ambito e il confine della materia penale», ai fini dell'attrazione di una sanzione nell'ambito della materia penale (e, dunque, ai fini della conseguente applicazione delle garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione), occorre verificare se le misure prescritte in una certa materia «perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo; hanno una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità».

Orbene, la confisca culturale non persegue né uno scopo repressivo e preventivo, né ha una connotazione afflittiva, ma integra, semmai, un esercizio obbligatorio del compito di tutela effettiva del patrimonio culturale nazionale, quindi non ricorre alcuno dei criteri c.d. *Engel*¹⁴².

¹⁴² L'art. 4 del protocollo 7 della CEDU rubricato “Diritto di non essere giudicato due volte” dispone che «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla

giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di uno Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al precedente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione». La norma ha introdotto l'istituto del c.d. *ne bis in idem* nella materia penale e cioè divieto, per gli Stati firmatari, di sanzionare penalmente due o più volte un soggetto per lo stesso fatto. Il primo problema che si è posto agli interpreti è stato quello della delimitazione della "materia penale", quando, cioè, attribuire carattere penale ad una sanzione, ai fini dell'applicazione dell'articolo in questione. Sul punto la Corte di giustizia CEDU ha ritenuto applicabili i c.d. criteri *Engel*, elaborati in una decisione del 1976 e progressivamente affinati (da ultimo, con la decisione Grande Stevens del 4 marzo 2014). Al riguardo ha chiarito la Corte di giustizia CEDU che al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto "accuse in materia penale" ai sensi della Convenzione stessa si devono considerare tre diversi fattori. Principalmente la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all'illecito contestato. Tale indicazione, tuttavia, ha solo un valore formale e relativo perché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa. Secondariamente, infatti, va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso, vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se invece preposta alla tutela *erga omnes* di beni giuridici della collettività, anche alla luce delle denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. Va, infine, considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata, perché in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possono causare una apprezzabile danno. La CEDU ritiene, dunque, che si debba considerare di natura penale la sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede e che, in mancanza, si debba tenere conto della natura della violazione o della natura, scopo e gravità della sanzione (sul tema, CEDU sentenza nella causa C-199/92 *Huls/Commissione*; sentenza 8 giugno 1976 *Engel*, serie A n.22, par. 82; sentenza 21 febbraio 1984 *Ortuz* serie S n. 73, par. 53; sentenza *Lutz* serie A n. 123, par. 54); criteri, questi ultimi, tra loro alternativi ma che possono essere utilizzati anche cumulativamente, se l'analisi separata di ognuno di essi non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale (*Iussila contro Finlandia n. 73053/2001*). Aggiunge la Corte che il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione al fine inflitta. Sempre in ordine alla questione sulla identità delle fattispecie al fine dell'applicazione dell'istituto in esame, la Corte CEDU con la sentenza *Rosenquist* del 2004 aveva escluso, dichiarando inammissibile il relativo ricorso, tale identità nel caso di illeciti penali e illeciti amministrativi tributari, sulla base di una valutazione delle fattispecie astratte (*legal characterisation*) di tali illeciti; gli illeciti penali e quelli amministrativi tributari non solo divergevano, secondo tale decisione, per gli elementi costitutivi di essi ma anche per il diverso elemento psicologico previsto. La norma dell'art. 4 del protocollo 7 CEDU è stata anche recepita dall'art. 50 della Carta di Nizza (alla quale, con il Trattato di Lisbona del 2007, è stato attribuito lo stesso valore dei trattati dell'U.E.) il quale afferma che «Nessuno può essere perseguito o

La funzione di tutela del patrimonio culturale attraverso la confisca in caso di esportazione (o tentativo di esportazione) senza autorizzazione di un oggetto di rilevanza culturale si esplica su due versanti:

- aa) realizza un effetto di sottrazione della cosa di interesse culturale qualificato dal circuito di privata disponibilità – che si impone anche nell'ipotesi in cui il possesso si trovi presso un soggetto diverso dall'autore dell'illecito, salvo che l'acquisto sia avvenuto incolpevolmente e in buona fede – per non avere questo regime proprietario offerto garanzie sufficienti rispetto alle esigenze di rango costituzionale di conservazione, tutela, fruizione e valorizzazione del bene entro i limiti stabiliti dalla legge. Nel caso di accertamento di un illecito corrispondente a uno di quelli in parola, emerge che la proprietà privata del “bene culturale” o della “cosa di interesse culturale qualificato (non ancora accertato)” è stata esercitata in ostacolo alla realizzazione della funzione pubblica di protezione, nonché secondo modalità di per sé idonee a mettere in pericolo l'integrità del bene e dunque del patrimonio culturale della Nazione;
- bb) assicura un effetto di ripristino delle prerogative generalmente riconosciute allo Stato (e pregiudicate dall'illecita sottrazione clandestina del bene al controllo pubblico), corrispondenti ad un potere di vincolo della proprietà (anche privata) del bene culturale, onde assicurarne la piena funzione di pubblica tutela del patrimonio culturale e salvaguardarne la fruizione da parte della collettività.

Giova sottolineare che esistono profonde differenze teleologiche tra le confische disciplinate, da un lato dagli artt. 174, comma 3, D.lgs. n. 42/2004 e 301, DPR n. 43/1973, e, dall'altro, da quella urbanistica di cui all'art. 44, comma 2, DPR n. 380/2001, sulla quale è intervenuta nel corso degli ultimi anni la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'effetto ablativo della lottizzazione abusiva non assolve, infatti, in via diretta ed esclusiva allo scopo di consentire la tutela del paesaggio e la ricostituzione dello stato dei fondi precedente l'abuso (che ben potrebbe essere soddisfatto con un ordine di demolizione impartito dall'autorità) ma è finalizzato, semmai, a rendere più sconvenienti le conseguenze della violazione del divieto di lottizzazione abusiva, cosicché l'effetto massimamente pregiudizievole possa ottemperare ad una funzione di effettiva deterrenza.

condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Nella sentenza della Grande Chambre della Corte EDU del 28 giugno 2018, *G.I.E.M. c. Italia*, la Corte ha preso atto che la stessa giurisprudenza domestica si è determinata nel senso di considerare la confisca urbanistica quale sanzione di natura amministrativa, ma di carattere affittivo, avente una funzione principalmente deterrente (§§ 118 ss.).

Viceversa, la confisca del bene culturale oggetto di esportazione non autorizzata ovvero di contrabbando soddisfa evidentemente a un'esigenza fondamentale dell'ordinamento costituzionale, quella cioè di ricostituire la piena effettività della funzione di tutela del patrimonio culturale, attraverso l'obliterazione della circostanza che determina il fattore di concreto rischio per la conservazione dell'opera nella sua integrità.

Con questa misura, insomma, il legislatore non si cura di predeterminare positivamente una conseguenza pregiudizievole nei confronti dell'autore del reato a scopo preventivo, ma si preoccupa solo di ristabilire la pienezza del regime di salvaguardia del patrimonio culturale, posto in discussione attraverso le condotte illecite.

La confisca dell'*Atleta vittorioso*, indifferentemente disposta dal Tribunale ex art. 174, comma 3, D.lgs. n. 42/2004 ovvero ex all'art. 301, DPR n. 43/1973, non ha una connotazione affittiva.

La circostanza che nel caso sia stato imputato ai soggetti responsabili della appropriazione della statua sia il reato di contrabbando che di esportazione illecita è conseguenza di una duplice condotta rilevante sotto il profilo penale, aventi come comune "*ratio*" la protezione del patrimonio culturale italiano.

L'introduzione clandestina nel territorio italiano delle relitto, cosa di indiscutibile valore culturale archeologico e artistico, ha comportato la rinuncia degli scopritori alla proprietà: se la statua, dopo il naufragio della nave romana che la trasportava, si fosse depositata sul fondo di acque internazionali – ma lo si esclude – l'acquisto della proprietà del relitto avrebbe trovato titolo nella *law of finds* ed i pescatori per mantenere la proprietà della statua avrebbero dovuto seguire il procedimento della importazione temporanea, che mantiene il bene allo Stato estero e avrebbe consentito la sua libera esportazione¹⁴³.

Non avendolo fatto, questi erano perseguibili per il reato di importazione illecita ed il proprietario, che nella specie doveva essere considerato terzo secondo la legge doganale, avrebbe potuto reclamarne la proprietà

¹⁴³ La vendita della "*res*" in temporanea importazione nel territorio italiano, di contro, avrebbe determinato la sua sottoposizione alla disciplina dei beni culturali italiani.

e ove quest'ultimo non ne avesse reclamato la proprietà la statua sarebbe stata confiscata.

Il terzo, nel caso, era quello che al momento della apprensione del bene in mare o al momento della importazione illecita era titolare del diritto di proprietà sulla "res" e non quello che l'ha acquistata dopo la sua introduzione illecita nel territorio italiano (i Barbetti) o da questi (Herzer, Establishment D.C., J.P. Getty Trust).

Altra fattispecie è la esportazione illecita della statua dal territorio nazionale da parte di chi non ne era proprietario perché responsabile del reato di contrabbando (Romeo Pirani e Guido Ferri) o di appropriazione indebita (Giacomo Barbetti) o del successivo acquirente del bene all'estero.

La statua nel periodo antecedente la esportazione illecita non poteva essere considerata cosa "in commercio" per la sua rilevanza di testimonianza di civiltà e per il fatto di essere confiscabile e, quindi, se l'esportatore era il cessionario dell'importatore era anch'esso imputabile del reato di contrabbando (l'art. 301, comma 1, DPR n. 43/1973).

Se poi la statua, dopo il naufragio della nave romana che la trasportava, si è depositata sul fondo del mare territoriale italiano le condotte di sbarco clandestino dell'opera e di trasporto della medesima fuori dai confini nazionali (sottraendola al controllo dell'Ufficio esportazioni del MiBAC) hanno avuto ad oggetto un bene di proprietà dello Stato italiano, inalienabile e non usucapibile, che conserva la propria qualità di bene appartenente al patrimonio pubblico indisponibile anche rispetto alla misura recuperatoria disposta dal giudice.

È, infatti, incontestabile che la statua è stata ripescata in acque territoriali italiane e, dunque, è a tutti gli effetti di proprietà dello Stato italiano (art. 44, Legge n. 1089 del 1939, vigente *ratione temporis*).

Se poi si aderisse alla tesi dell'archeologo Moreno, suffragata da riscontri iconografici su sarcofagi, monete, pitture parietali presenti a Pompei, che la nave aveva rotta verso la Grecia da Roma quando naufragò, la appartenenza della statua al patrimonio culturale italiano sarebbe incontrovertibile sia nel caso che il naufragio sia avvenuto nel mare territoriale italiano, sia fuori dalle acque internazionali (nel qual caso, applicando la regola consuetudinaria del *law of finds* l'Italia doveva essere ritenuta proprietaria della statua e, quindi, in diritto di reclamarla in base all'art. 510 c. nav.).

Peraltro, l'ordinanza del Tribunale ha chiarito che, anche laddove il ritrovamento della statua fosse avvenuto fuori dalle acque territoriali italiane, quindi in acque internazionali, le norme del codice della navigazione comportano l'acquisto della statua da parte dello Stato italiano, in quanto:

- i) la statua è stata ripescata da una nave battente bandiera italiana, impigliandosi nella rete che della nave costituisce un'estensione e, in definitiva, è parte del territorio italiano, a norma dell'art. 4, codice della navigazione;
- ii) la statua costituiva una *res nullius* e, come tale, a partire dal suo fortuito ritrovamento, era *ipso iure* devoluta al patrimonio dello Stato, ex art. 511, comma 2, codice della navigazione;
- iii) e' altresì incontestabile che la statua è stata introdotta nel territorio di Fano in violazione delle leggi nazionali ed è rimasta per un lungo periodo nascosta in territorio italiano e, quindi, ha acquisito la qualità di bene archeologico appartenente al patrimonio culturale italiano.

L'appartenenza della "res" al patrimonio indisponibile dello Stato, la sua insuscettibilità di esportazione, di alienazione non autorizzata a terzi e di usucapione¹⁴⁴ mettono in particolare evidenza il carattere non afflittivo, ma puramente ripristinatorio della misura in esame.

Misura, che ha la funzione di tutela della proprietà pubblica su di un bene protetto da Convenzioni internazionali multilaterali e dal diritto europeo.

12.3. *La compatibilità della confisca culturale con la CEDU*

Quale che sia la qualificazione di detta confisca (dunque anche considerandola, esclusivamente a fini di completezza argomentativa, come una "pena"), la stessa non ha violato né: a) il principio di legalità; b) il principio della garanzia dell'equo processo; c) il principio della proporzionalità della misura ablatoria.

a) Il principio di legalità

La Corte di Cassazione è stata già chiamata ad affrontare il tema dei rapporti tra la confisca penale e la tutela del diritto di proprietà di cui all'art. 1, protocollo n. 1, CEDU, evidenziando come la stessa sia in linea con la giurisprudenza della Corte EDU.

In particolare, con la sentenza n. 2447/2016 ha rilevato quanto segue: «Nella giurisprudenza della Corte europea sull'argomento va qui ricordato

¹⁴⁴ Sui temi della nullità e inopponibilità di qualsiasi atto di disposizione del bene culturale e della sua inusucapibilità, si rinvia al Capitolo 5.

che la confisca costituisce una misura rientrante nella previsione in deroga di cui al protocollo n. 1, art. 1, comma 2, (Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale) in quanto misura che garantisce il controllo dell'uso dei beni (v. caso *Milosavljev c. Serbia*, n. 15112/07, deciso il 12 giugno 2012; v. caso *Varvara c. Italia*, n. 17475/09, del 29 ottobre 2013). Inoltre, numerosi sono stati i casi in cui la Corte ha attribuito peso significativo al fatto che il veicolo sequestrato avesse il telaio alterato e non potesse essere rimesso su strada. Secondo la Corte, tale circostanza consente di assimilare il caso del veicolo dal telaio contraffatto ai casi in cui il provvedimento di confisca è applicato a beni la cui importazione è vietata (v. caso *Agosi c. Regno Unito*, sentenza del 24 ottobre 1986, concernente il divieto di importazione di monete d'oro; il caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim SİRKETİ c. Irlanda GC*, n. 45036/98, deciso il 30 giugno 2005 riguardante il sequestro di un aereo battente la bandiera di Serbia e Montenegro, e locato da una società turca, nel quadro del regime sanzionatorio adottato, su risoluzione dell'ONU, avverso la Repubblica federale di Jugoslavia).

La questione, si noti, è stata anche di recente esaminata dalla Corte (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. I, 28 aprile 2016, n. 74681/11), nel caso *Sulejmani* riguardante la confisca di un veicolo disposta nel procedimento penale che aveva interessato il precedente proprietario dell'automezzo confiscato. Orbene, la Corte di Strasburgo ha accolto la tesi del Governo dell'ex Repubblica di Macedonia, secondo cui il ricorrente avrebbe dovuto intentare una causa civile contro il precedente proprietario ai sensi della normativa interna. Sul punto la Corte di Strasburgo ha osservato che il ricorrente, proprio nella sua qualità di soggetto che aveva agito in buona fede, aveva la possibilità di adire le vie legali davanti ad un tribunale civile per ottenere l'indennizzo per il danno subito a causa della confisca del veicolo (v., *mutatis mutandis*, *C.M. c. Francia* (dec.), n. 28078/95, del 26 giugno 2001), così affermando che la confisca del veicolo del ricorrente non poteva considerarsi un onere eccessivo ed era compatibile con il protocollo n. 1 CEDU, art. 1.

Applicando, dunque, i principi affermati dalla CEDU al caso in esame, non può certo ritenersi sproporzionato il sequestro preventivo del mezzo utilizzato per commettere un reato di contrabbando, previsto dall'art. 301 del DPR del 1973, base legale legittimante la misura cautelare volta ad impedire un uso per finalità illecite, così che il fine di una tale ingerenza coincide con l'interesse generale. Quanto alla proporzionalità dell'ingerenza, secondo la CEDU, in considerazione del margine di apprezzamento

degli Stati nel regolamentare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale, in particolare nell'ambito di una politica di contrasto al fenomeno del contrabbando, l'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei beni costituita dalla confisca del mezzo di trasporto, a seguito di un corretto procedimento in contraddittorio secondo le norme del diritto interno (ben potendo, infatti, dimostrare il terzo proprietario di non aver potuto prevedere, per cause indipendenti dalla sua volontà, l'illecito impiego, anche occasionale, del veicolo da parte di terzi e di non essere incorso in un difetto di vigilanza), non può certo ritenersi sproporzionata rispetto al fine legittimo perseguito. Il rilievo della correttezza del procedimento adottato nel caso di specie rende ragione della correttezza e legittimità, anche con riferimento alle disposizioni della CEDU, dell'incidenza del provvedimento sui beni sottoposti a confisca, non potendosi nemmeno del resto prospettare un contrasto con l'art. 117 Cost. e l'art. 7 CEDU (Sez. 3, n. 14860 del 17 marzo 2010 - dep. 16 aprile 2010, Sunseeker Holding Limited, Rv. 246965). Seguendo, del resto, le indicazioni più recenti della Corte di Strasburgo, ben potrebbe peraltro il ricorrente agire giudizialmente in sede civile, ove per avventura dovesse subire la confisca del mezzo all'esito del giudizio, ottenendo così il risarcimento del danno dagli indagati – utilizzatori.

La confisca penale di un bene, volta a fronteggiare un rischio di persistente uso con finalità illecite (come, nel caso in esame, quello di un soggetto che continua a detenere illegalmente all'estero un bene appartenente al patrimonio indisponibile dello Stato e uscito in violazione delle regole poste a tutela del patrimonio culturale della Nazione) trova, in definitiva, sempre una base legale legittimante nell'ingerenza nel diritto del suo destinatario e, per le finalità di interesse generale con esso perseguite, non costituisce un onere eccessivo ed è compatibile con l'art. 1, protocollo n. 1, CEDU¹⁴⁵.

¹⁴⁵ In tal senso si veda Corte EDU, sentenza 28 aprile 2016, ricorso n. 74681/2011: «41. *The Court will now turn to the Government's argument that the applicant should have lodged a civil claim against Sh.A. under the Obligations Act (see paragraphs 23 and 26 above). The Court notes that under the relevant domestic law (see paragraph 19 above), the buyer of an item with a legal defect could claim compensation from the seller. Furthermore, as demonstrated by the relevant domestic practice (see paragraph 20 above), the seller (Sh.A. in the present case) was liable for the legal defects even if he or she had not been aware of the legal defect at the time of the sale contract. Thus, the Court is satisfied that the civil claim in question was available to the applicant. The applicant did not explain his failure to lodge such a claim. Moreover, he did not argue that there were any impediments to him resorting to that avenue or any particulars (such as, for example, the death or impossibility to access the seller) which would have rendered it ineffective in the circumstances of the case. Consequently, the Court finds that in his capacity as a buyer who had acted in good faith, the applicant had a judicial*

Secondo il J.P. Getty Trust il principio di legalità risulterebbe violato dal provvedimento giurisdizionale di confisca sotto due specifici profili:

- a) per la presunzione di proprietà statale dei beni culturali prevista dall'ordinamento, che determinerebbe un "aggravio probatorio" in capo al terzo detentore del bene con conseguente "irrazionale ed arbitraria presunzione di appartenenza di qualunque res divenga oggetto di interesse da parte dello Stato".

L'assunto disconosce la fondamentale distinzione posta dalla legislazione di tutela – avallata anche dalle Convenzioni internazionali relative alla tutela dei patrimoni culturali nazionali e dalle norme dell'Unione Europea – tra "cose che presentano interesse archeologico", per le quali vale la regola di diritto che "la semplice appartenenza del bene alla categoria delle cose di interesse archeologico ne comporta l'assegnazione al patrimonio indisponibile dello Stato, non essendo necessario l'espreso riconoscimento dell'interesse culturale dell'oggetto di che si tratta da parte della autorità"¹⁴⁶ e "cose che presentano interesse artistico, storico o etnoantropologico".

Inoltre, la previsione della proprietà statale necessaria di tutti i beni culturali rinvenuti nel sottosuolo trova fondamento in una precisa norma di legge (art. 15, Legge n. 364 del 1909), operante da oltre un secolo senza soluzione di continuità (v. Legge n. 1089 del 1939; D.lgs. n. 490/1999; D.lgs. n. 42/2004), di tal che appare quasi temerario affermare che l'applicazione della stessa costituisca violazione del principio di legalità.

Alla luce di questa disciplina, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che per i beni archeologici situati nel territorio italiano operi una presunzione relativa di proprietà statale, salva la prova contraria¹⁴⁷.

remedy before a civil court of general jurisdiction to be indemnified for the damage suffered as a result of the confiscation of the vehicle (see, mutatis mutandis, C.M. v. France (dec.), no. 28078/95, 26 June 2001). 42. In this connection, the Court also observes that the applicant apparently lodged a compensation claim in the criminal proceedings against Sh.A. When the criminal court acquitted Sh.A., it advised the applicant to pursue that claim by means of a separate civil action before the civil courts (see paragraph 8 above). Despite such clear instruction, the applicant did not embark on that avenue of redress. 43. In such circumstances, the Court considers that the confiscation of the applicant's vehicle did not impose an excessive burden on the applicant».

¹⁴⁶ Cass., sez. I, 10.02.2006 n. 2995.

¹⁴⁷ Si veda Cass., sez. II, 12.01.2007 n. 458: «Questa Corte ha ritenuto (tra le altre con sentenza 2.10.1995, n. 10335) che nell'azione di rivendica di beni archeologici promossa dall'amministrazione statale, il ritrovamento o la scoperta dei beni stessi in data anteriore all'entrata in vigore della Legge n. 364 del 1909, non è il fatto costitutivo negativo del

Nel censurare questa presunzione (comunque relativa), il J.P. Getty Trust omette di considerare che il Tribunale di Pesaro non ha fatto ricorso alla presunzione di proprietà statale dei beni culturali, dal momento che è stato positivamente provato che il bene è stato ripescato in acque territoriali italiane da una nave battente bandiera italiana ed è, dunque, per plurime ragioni (luogo di ritrovamento, norme del codice della navigazione), di proprietà dello Stato italiano e, comunque, è rimasto nel territorio italiano per lungo tempo in condizioni di clandestinità.

- b) Per il mancato accertamento sostanziale delle condotte criminose alla base della confisca, considerato che tale accertamento può essere compiuto solo dal giudice di cognizione, non disponendo il giudice dell'esecuzione di poteri idonei ad effettuare detto accertamento.

L'art. 174, comma 3, D.lgs. n. 42/2004 (e in precedenza l'art. 66, Legge n. 1089 del 1939) prevede espressamente l'applicazione della confisca per la fattispecie di reato prevista nel giudizio *de quo* (esportazione di cosa di

diritto azionato, ma fatto impeditivo che deve essere provato da chi l'eccepisce: dal complesso delle disposizioni, contenute nel codice civile e nella legislazione speciale regolante i ritrovamenti le scoperte archeologiche ed il relativo regime di appartenenza, si ricava il principio generale della proprietà statale delle cose d'interesse archeologico e della eccezionalità dell'ipotesi di dominio privato sugli stessi oggetti, onde qualora l'amministrazione intende rientrare in possesso dei beni detenuti da soggetti privati, incombe al possessore l'onere della prova, e della dedotta scoperta, e della appropriazione, anteriori all'entrata in vigore della Legge n. 364 del 1909, a partire dalla quale le cose ritrovate nel sottosuolo appartengono allo Stato. La disciplina delle cose d'interesse archeologico non crea, come dedotto dal ricorrente, un'ingiustificata posizione di privilegio probatorio: lo Stato, nell'azione di rivendica dei beni archeologici può avvalersi di una presunzione di proprietà statale. La presunzione può essere determinata, oltre che da un *id plerumque accidit di fatto* (nella specie, peraltro, furono rinvenuti sugli oggetti tracce di terra, segno della provenienza da scavi), anche da una normalità normativa (tra le altre si vede la sentenza 28.06.1984, n. 3796). Conseguentemente, opponendosi una circostanza eccezionale, idonea a vincere la presunzione, deve darsene la prova». Si veda Cass., sez. II civ., n. 10303/2017: «Su questa base, correttamente la Corte d'appello ha statuito che, attesa la natura e le caratteristiche degli oggetti in questione, spettava al privato attore in rivendicazione la prova di fatti che potessero escludere, fin dall'inizio, la riconducibilità di tali beni al patrimonio indisponibile dello Stato, e quindi la circostanza che essi fossero stati ritrovati in aree non appartenenti allo Stato italiano. Infatti, poiché l'art. 91 Codice dei Beni Culturali, approvato con il D.lgs. n. 42 del 2004, prevede che le cose indicate nell'art. 10 stesso codice, ossia i beni archeologici, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato, se ne deve trarre che la presenza in Italia di un bene archeologico costituisce prova logica della provenienza dal sottosuolo o dai fondali marini italiani; salva, naturalmente, la prova contraria, di cui è onerato il privato che intenda far valere il contrario».

interesse culturale non preventivamente autorizzata), e puntualizza che il terzo non può opporre il proprio titolo di appartenenza del bene ove non sia estraneo al reato.

La Corte di Cassazione ha chiarito che l'estraneità al reato è esclusa quando il terzo sia avvinto al reato presupposto da un legame di conoscenza o conoscibilità della provenienza criminosa del bene.

In ciò le Sezioni Unite si sono rifatte "alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che – nel dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni che regolano la confisca di opere d'interesse artistico o storico esportate abusivamente (artt. 66 l. 1.6.1939, n. 1089, e 116, comma 1 l. 25.9.1940, n. 1424, trasfuso nell'art. 301, comma 1 d.P.R. 23.1.1973, n. 43) – ha escluso la compatibilità con l'art. 27, comma 1 Cost. di norme che prevedono la confisca anche quando le cose risultino di proprietà di chi non sia autore del reato "o non ne abbia tratto in alcun modo profitto" (Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2), offrendo, così, un inequivoco spunto a favore della tesi secondo cui non può reputarsi estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo".

È necessario che il terzo dimostri la «non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso», in quanto «la coesistente inerenza del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole alla condizione della persona estranea al reato, cui appartengono le cose confiscate, rappresenta l'inevitabile corollario della impossibilità di attribuire alla confisca una base meramente oggettiva, assolutamente incompatibile col principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, comma 1 Cost.» (Cass., SS.UU. penali, n. 9/1999).

Per quanto concerne il reato di contrabbando ex art. 301, comma 1, DPR n. 43/19073, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 1/1997, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consentiva alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato.

Può quindi opporsi alla confisca il solo "terzo estraneo al reato", che può essere «ammesso a provare che non sussistevano al momento dell'acquisto circostanze tali da far sorgere sospetti circa la provenienza del bene da contrabbando» (Corte Costituzionale, n. 1/1997).

Posto che non è revocabile in dubbio l'esistenza di una base legale all'applicazione della confisca nei confronti del terzo detentore del bene, deve osservarsi che la ragione della norma attualmente vigente – che ha dato continuità alla giurisprudenza della Corte Costituzionale – è da rinvenire nella inopponibilità di un titolo di detenzione o appartenenza

del bene formatosi in danno dell'effettivo proprietario del bene (lo Stato italiano) e in violazione delle norme di ordine pubblico di matrice costituzionale che preservano l'integrità del patrimonio culturale della Nazione.

Si tratta, in definitiva, anche di una norma che risolve il conflitto tra la finalità pubblicistica di ripristinare il patrimonio culturale dello Stato e il potere del terzo di eccepire il proprio eventuale titolo, facendo prevalere la prima ogni qual volta il terzo abbia adottato un comportamento doloso o colposo nell'acquistare un bene di provenienza criminosa, nella consapevolezza della sussistenza del reato presupposto (nella specie il contrabbando e l'esportazione senza autorizzazione).

Il comportamento del terzo che acquista in malafede il bene, ove accertato dal giudice dell'esecuzione, implica, dunque, in ogni caso l'inopponibilità del suo acquisto e l'applicazione della confisca, sulla base di una puntuale previsione di legge, esistente e conoscibile al momento dell'acquisto della statua da parte del J.P. Getty Trust.

Nel caso in esame, il Tribunale ha positivamente accertato, sulla base delle prove in atti, che il J.P. Getty Trust al momento dell'acquisto era a conoscenza delle circostanze che hanno connotato i reati di contrabbando e di esportazione illecita della statua.

Questo ha determinato, secondo la legge dello Stato di insistenza dichiarata (Italia, Brasile, Inghilterra, Germania, USA) la nullità degli atti di acquisto del J.P.G. della statua con l'effetto della sua inopponibilità all'Italia. E ciò, in quanto la nullità di tutti gli atti di acquisto ha reso giuridicamente impossibile al J.P.G. dimostrare il proprio diritto di proprietà, seppure a carattere derivato, al momento di consumazione della condotta di trasferimento della statua all'estero.

Sono presenti dunque entrambi i presupposti legali della confisca: aa) i fatti di reato dell'esportazione illecita e del contrabbando; bb) il comportamento doloso o, quanto meno, gravemente colposo, del Getty Trust, che rende inopponibile allo Stato il suo titolo di acquisto del bene, per giunta di proprietà dello Stato a *titolo originario*.

12.4. *Il principio della proporzionalità della misura ablatoria*

Il J.P. Getty Trust ha assunto che la confisca della cosa di interesse archeologico a seguito dello accertamento della sua esportazione senza autorizzazione viola l'art. 1, protocollo n. 1, CEDU, e, in particolare, il principio di proporzionalità dell'interferenza statale con la proprietà privata, violazione determinata – a suo dire – dalla obbligatorietà della

confisca che determina un automatismo, escludendo il potere del giudice di adottare mezzi meno invasivi per il perseguimento delle finalità previste dalla legge di tutela.

È da tenere fermo che la confisca della “*res*” di interesse culturale non colpisce l'autore del comportamento materiale della esportazione senza autorizzazione, in quanto la condotta sanzionata non è di natura patrimoniale e il fondamento del provvedimento di confisca nel caso di specie è sì la tutela della proprietà (del privato spossessato o dello Stato), ma principalmente l'impedimento del potere normativo di controllo dello Stato sulla circolazione internazionale delle cose di interesse culturale¹⁴⁸.

La conferma di ciò si ha nel divieto di confisca della “cosa di interesse culturale” nel caso che la proprietà appartenga ad un terzo estraneo al reato. In tal caso la confisca viene sostituita *ex lege* dalla riconsegna della cosa al proprietario spossessato.

La misura recuperatoria della “*res*”, disposta dal legislatore in caso di accertamento del reato di esportazione illecita di un bene culturale ovvero di quello di contrabbando di un bene della medesima specie, si presenta assolutamente proporzionata (*rectius*, necessitata) per conseguire la tutela del patrimonio culturale nelle circostanze di specie.

Non è configurabile alcuna alternativa alla “riconsegna del bene culturale” al proprietario e alla possibilità di procedere al controllo sulla intensità testimoniale della “*res*” per decidere (o meno) di sottoporla alla tutela in conformità ai principi internazionali di salvaguardia dei patrimoni culturali nazionali.

Tutela che si estrinseca, nel caso di esportazione di cosa di interesse culturale, nella verifica della assenza di divieti assoluti di esportazione (facoltà riconosciuta sia da Convenzioni internazionali plurilaterali che dal diritto europeo) o dell'intensità testimoniale presupposto per il rilascio o il diniego della autorizzazione alla esportazione, il suo acquisto coattivo o la dichiarazione di interesse culturale.

¹⁴⁸ Il potere di controllo sulla esportazione del bene culturale ha fondamento nell'art. 6 della Convenzione UNESCO del 1970 che dispone «Gli Stati parti della presente Convenzione s'impegnano: a) a istituire un certificato appropriato mediante il quale lo Stato esportatore specifica che l'esportazione del o dei beni culturali in questione è autorizzata. Tale certificato deve accompagnare il o i beni culturali regolarmente esportati; b) a proibire l'esportazione dal proprio territorio dei beni culturali non accompagnati dal certificato di esportazione sopra menzionato; c) a portare in modo appropriato a conoscenza del pubblico questa proibizione e in particolare a conoscenza di quelle persone che potrebbero esportare o importare beni culturali».

L'ordinamento giuridico italiano appresta, in relazione alla violazione delle norme di tutela dei beni culturali, una serie di misure rapportate alla incidenza della violazione sulla integrità e conservazione materiale del patrimonio culturale nazionale.

La proprietà privata sui beni culturali archeologici è riconosciuta soltanto come ipotesi eccezionale, legittimata dall'essere una certa situazione giuridica soggettiva il prodotto di una sequenza di acquisti a titolo derivativo riconducibili, risalendo a ritroso, ad un diritto di proprietà sorto in epoca precedente all'entrata in vigore della Legge 20 giugno 1909, n. 364.

Nelle ipotesi eccezionali di proprietà privata su di un bene culturale archeologico l'estensione di tale situazione giuridica (e dunque delle facoltà dominicali) risente, comunque, in modo estremamente significativo del regime vincolistico cui la legislazione assoggetta questa categoria di bene all'interno del Codice dei Beni Culturali: *ex plurimis*, poteri statali di vigilanza (art. 18) e ispezione (art. 19); divieto di distruggere, deteriorare, danneggiare o adibire il bene ad usi non compatibili con il suo carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla sua conservazione (art. 20); regime autorizzatorio per gli interventi compiuti sul bene (art. 21); definizione tassativa dei soggetti abilitati a intervenire nella conservazione (art. 29); obblighi di conservazione (artt. 30 e 32); custodia coattiva (art. 43); regime autorizzatorio per mostre ed esposizioni (art. 48); obbligo di denuncia di trasferimento (art. 59); diritto di prelazione a vantaggio dello Stato (artt. 60-62); potere di acquisto coattivo della cosa per la quale è richiesto l'attestato di libera circolazione (art. 70).

Non può neanche trascurarsi come, all'art. 95 CBC, l'ordinamento abbia previsto addirittura che «i beni culturali immobili e mobili possono essere espropriati dal Ministero per causa di pubblica utilità, quando l'espropriazione risponda ad un importante interesse a migliorare le condizioni di tutela ai fini della fruizione pubblica dei beni medesimi».

In un contesto siffatto, non sorprende che il legislatore stabilisca sanzioni di natura amministrativa o penale, a dipendere dalla gravità della condotta posta in essere, per le ipotesi in cui l'esercizio del diritto di proprietà – già opportunamente ristretto dal regime speciale dei beni culturali – avvenga secondo modalità che pregiudicano irreparabilmente l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale.

Per esempio, l'art. 160 CBC stabilisce che «se per effetto della violazione degli obblighi di protezione e conservazione stabiliti dalle disposizioni del Capo III del Titolo I della Parte seconda il bene culturale subisce un danno, il Ministero ordina al responsabile l'esecuzione a sue spese delle opere necessarie alla reintegrazione». La stessa disposizione, ai commi 3

e 4, prescrive anche un potere sostitutivo del Ministero in caso di inerzia dell'obbligato, nonché un obbligo compensativo nell'eventualità in cui la reintegrazione non sia possibile.

Medesima disciplina trova applicazione (art. 161 CBC) nei confronti di chi, scoprendo un bene nel sottosuolo o sui fondali marini, lo danneggia anziché ottemperare agli obblighi indicati agli artt. 89 e 90 CBC.

Simile è l'obbligo pecuniario che grava su colui che smarrisca il bene culturale (art. 163 CBC).

Sanzioni di carattere penale sono, inoltre, previste nei confronti di chiunque compia opere non autorizzate su beni culturali (art. 169), ovvero ne faccia un uso incompatibile con il loro carattere storico o artistico, o altrimenti pregiudizievole per la loro conservazione o integrità (art. 170), nonché di chi non ottemperi alle prescrizioni di tutela (art. 172) ovvero alieni un bene culturale senza la prescritta autorizzazione (art. 173).

Il legislatore si cura dettagliatamente di prescrivere le conseguenze da riconnettersi ai casi di esportazione di un bene culturale in spregio delle disposizioni che regolano la materia. Nel farlo, opera alcune distinzioni che riflettono una diversa gravità della condotta, secondo un modello che offre, in effetti, una graduazione della risposta pubblica che fa dipendere la misura dal tipo di comportamento posto in essere in concreto.

Qualora il trasferimento dell'opera all'estero sia avvenuto senza che questa fosse accompagnata – a seconda dei casi – dal documento dell'attestato di libera circolazione o della licenza di esportazione, nonché (quando occorra) dall'esemplare del formulario previsto dal regolamento CEE n. 752/93, perché il soggetto obbligato all'esibizione abbia soltanto trascurato di portarli con sé (art. 165 CBC) ovvero abbia ommesso per negligenza di rendere la richiesta documentazione (art. 166 CBC), la legge detta una sanzione di carattere amministrativo.

In questi casi, infatti, gli atti prescritti dalla legislazione ai fini dell'esportazione sono stati effettivamente rilasciati all'interessato ma costui ha mancato di ottemperare agli obblighi di esibizione.

Siccome la condotta del soggetto coinvolto non pone a rischio la sottoponibilità del bene al regime vincolistico né configura uno stato di clandestinità del bene, l'ordinamento associa al suo accertamento una misura sanzionatoria solo pecuniaria.

Come riconosciuto pacificamente dalla dottrina, ben diverso è il caso in cui dette autorizzazioni non siano state né richieste né rilasciate: in questi casi, la condotta individuale assurge ad un grado maggiore di pericolosità e, dunque, di biasimo, come si ricava dalla previsione di una fattispecie penale all'art. 174 CBC.

In questa circostanza accade che un certo comportamento, astrattamente integrante una delle modalità di esercizio del diritto di proprietà sul bene, ha come intento (o come conseguenza) la stabile sottrazione al regime vincolistico del bene culturale.

Dunque, la lesione dell'interesse generale di protezione prodotta dalla condotta raggiunge un livello tanto grave da rendere necessaria l'applicazione di una misura che risponda all'esigenza di sottrarre *tout court* l'opera alla privata disponibilità, per assicurarla alle cure della diretta titolarità statale e della gestione pubblica e reintegrare il patrimonio culturale statale.

In questa stessa categoria di ipotesi rientra tanto la fattispecie di illecita esportazione quanto quella di contrabbando (quantomeno quando riferita a beni culturali o ad altri beni sottoposti ad un regime speciale di tutela ovvero ad altri beni che, per ragioni intrinseche, sono insuscettibili di restare presso la parte privata).

Qui l'illecito coincide con le stesse modalità (eversive dell'ordine legale) di esercizio del diritto di proprietà. Ma, soprattutto, la commissione di tali reati raggiunge la massima soglia di pericolo per la protezione dell'opera che ne è oggetto, perché la condotta è volta proprio a determinare la permanente neutralizzazione del sistema di vincoli e prescrizioni a valere sul bene medesimo, e non solo a provocare un'occasionale elusione del controllo autoritativo ovvero di una singola prescrizione autoritativa dettata relativamente alla stessa opera.

In sintesi, una forma adeguata di modulazione della risposta ordinamentale alla violazione delle disposizioni di tutela del patrimonio culturale nazionale è prevista dal combinato degli artt. 165, 166 e 174 CBC.

Quando la condotta, ancorché difforme dal modello legale, non pregiudica *tout court* la riconducibilità del bene al regime vincolistico e alla funzione di tutela, la conseguenza giuridica è la configurabilità di un illecito amministrativo cui segue l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Nel caso di esportazione avvenuta in assenza di qualunque autorizzazione, invece, il legislatore qualifica la condotta come rilevante per l'integrazione di un reato, al cui accertamento segue l'applicazione sia di una pena afflittiva detentiva, sia di una misura recuperatoria finalizzata a sottrarre il bene culturale alla condizione di precarietà, clandestinità e pericolo cui esso è stato sottoposto.

A fondamento del massimo disvalore espresso dalla fattispecie incriminatrice vi è, pertanto, che le conseguenze del fatto criminoso appaiono particolarmente dannose per l'interesse generale alla fruizione e alla tutela del patrimonio culturale, giacché consistono nella stabile sottrazione del bene al meccanismo vincolistico pubblico, a beneficio di un'attività

dispositiva occulta e transfrontaliera, la quale determina, nella pressoché totalità dei casi, la ineluttabile privazione della testimonianza storico-culturale in danno della collettività ed espone il bene al pericolo di subire danni gravi e irreparabili dovuti alle modalità clandestine di trasporto e di conservazione.

Alla luce di queste considerazioni, emerge che, a dispetto della teorica affermazione di un principio che imponga al legislatore di consentire al giudice di graduare la misura della sanzione, non può non rilevarsi che detta modulazione è consentita dall'alternativa tra l'applicazione degli artt. 165-166 CBC ovvero dell'art. 174 CBC.

Inoltre, stante l'obbligo costituzionale di protezione del patrimonio culturale e la natura del bene tutelato, non è in concreto prospettabile, in seno alla legislazione, uno strumento di salvaguardia diverso dalla confisca recuperatoria del bene per il caso in cui:

- i) la condotta illecita sia rivolta ad eludere in modo permanente il regime vincolistico, cioè a sottrarre in modo stabile il bene al controllo pubblico;
- ii) sia posta a rischio, in modo duraturo, l'esigenza di tutela del bene e della sua fruizione da parte della collettività nazionale.

È opzione discrezionale, ma comunque necessitata dai principi di efficacia ed effettività della tutela, quella del legislatore italiano di disporre l'effetto acquisitivo al patrimonio pubblico del bene culturale oggetto del traffico illecito.

L'effettiva salvaguardia dell'interesse alla conservazione del patrimonio culturale della Nazione non ammette alcuna misura di reazione alternativa a quella di tenore recuperatorio.

Soprattutto, non può non rilevarsi che quando, come nel caso di specie, l'opera appartenga già al patrimonio pubblico indisponibile dello Stato, una forma di graduazione della misura interna allo stesso art. 174 CBC, che consentisse ad un soggetto privato di trattenere il bene o parte di esso, contrasterebbe radicalmente con il principio generale di irrinunciabilità della proprietà statale sul patrimonio culturale.

In ogni caso, poi, l'assegnazione di ordini di *facere* connessi al ripristino della situazione antecedente all'illecito (es. ritrasferire il bene culturale in Italia ovvero denunciarne l'ingresso nel territorio italiano) riprodurrebbe quanto già prescritto dalle norme che formano il regime speciale vincolistico che il soggetto ha intenzionalmente disatteso o eluso.

A differenza dell'ordine di demolizione nella lottizzazione abusiva, un ordine di ripristino (ancorché assistito da un potere sostitutivo)

sarebbe impossibile da configurare e non eliminerebbe la lesione del bene costituzionalmente tutelato in quanto lascerebbe l'opera culturale nella titolarità e nella gestione di chi ha la responsabilità dell'illecito commercio/trasferimento della medesima o di altri che l'abbia incautamente (o dolosamente) acquistata.

Né, d'altro canto, è possibile immaginare l'introduzione in via sanzionatoria, da parte della legge, di forme di ulteriore ibridazione del regime proprietario, cioè di maggiore compressione delle prerogative dominicali (es. obbligo autoritativo di esporre pubblicamente l'opera sul territorio italiano), che pure tengano ferma la proprietà privata sul bene. Misure simili, annullando qualunque residuo spazio di privata discrezionalità (cioè annihilando ogni profilo del godimento), si sostanzierebbero *de facto* in una proprietà pubblica mascherata ma dimidiata.

Si svuoterebbe di contenuto la proprietà privata sul bene, senza al contempo attribuire alla parte pubblica una piena facoltà di gestione del bene: ne deriverebbe uno spazio di pernicioso ambiguità sulla ripartizione degli obblighi *propter rem*, ivi compresi quelli relativi alla conservazione del bene.

Parimenti, l'imposizione di una sanzione pecuniaria in luogo della misura recuperatoria lascerebbe impregiudicata la situazione di materiale ostacolo alla funzione di tutela del patrimonio culturale della Nazione, quale testimonianza storico-identitaria da trasferire alle generazioni future, e di grave pericolo per l'integrità dell'opera.

La previsione di un obbligo di corrispondere una somma di denaro non si porrebbe in alcun legame diretto con l'obiettivo di preservare la fruizione e la conservazione dell'opera.

Inoltre, il bene culturale, a differenza di una proprietà fondiaria oggetto della sanzione urbanistica ex art. 44, TUEd., non è suscettibile di frazionamento. Dunque, non è possibile per il legislatore, nemmeno astrattamente, immaginare una graduazione della misura recuperatoria che si concreti nella separazione di porzioni dell'opera.

Per queste ragioni, la misura recuperatoria configura il solo strumento idoneo in concreto ad assicurare il conseguimento dell'interesse pubblico di tutela del patrimonio culturale ex art. 9 Cost. e, quindi, la sua previsione non costituisce infrazione del principio di proporzionalità.

12.5. *La tutela del terzo estraneo al reato e l'art. 1 dell'All. 1 CEDU*

La Convenzione contiene una sola disposizione che garantisce esplicitamente un diritto patrimoniale, si potrebbe dire il diritto patrimoniale

per eccellenza, il diritto di proprietà: si tratta dell'art. 1 del protocollo 1¹⁴⁹. Lo scopo enunciato in detto articolo è di evitare privazioni "arbitrarie" della proprietà.

L'art. 1 contiene tre norme distinte. La prima enuncia il principio del rispetto del diritto di proprietà; la seconda concerne la privazione della proprietà e la sottopone a talune condizioni; la terza riconosce agli Stati il potere di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale, adottando le leggi necessarie a tal fine.

I criteri utilizzati per decidere se, in un dato caso, vi sia stato o meno giustificato pregiudizio, si basano fundamentalmente sul principio di proporzionalità.

In particolare, si valuta se un giusto equilibrio sia stato mantenuto tra l'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

La privazione di proprietà risultante da una decisione di esproprio costituisce la più radicale ingerenza nel godimento dei "beni".

La Convenzione pone condizioni precise a tal fine: la privazione di proprietà deve essere effettuata:

- a) "per causa di pubblica utilità";
- b) "nelle condizioni previste dai principi generali del diritto internazionale";
- c) "nelle condizioni previste dalla legge".

Peraltro, il margine di discrezionalità riservato allo Stato è particolarmente ampio.

La disposizione che vieta la confisca del bene sottratto al controllo della intensità del suo valore testimoniale appartenente a soggetto estraneo alla attività materiale di esportazione tutela la proprietà di quest'ultimo.

La confisca della statua non costituisce nel caso di specie la violazione dell'art. 174, comma 3 CBC e, quindi, dell'art. 1 del protocollo 1 CEDU in quanto il J.P. Getty Trust non può essere ritenuto proprietario della medesima al momento della sua esportazione non autorizzata.

¹⁴⁹ «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.»

Il J.P. Getty Trust ha acquistato la statua dalla società *Establissement D.C.* che non ne era proprietaria, quindi il suo acquisto deve essere qualificato “*a non domino*” e senza l’osservanza della *due diligence* e, quindi, non può vantare di essere proprietaria del bene a titolo derivativo al momento del provvedimento di confisca da opporre allo Stato.

La protezione del diritto del J.P. Getty Trust (sia che si tratti del diritto di proprietà o del diritto ad una utilità economica) confliggerebbe con l’art. 1 dell’all. 1 della Convenzione, che non è certo scritto per avallare l’illecito possesso dello Stato proprietario a titolo originario della “*res*”, investito di una missione specifica di individuazione, conservazione e protezione della testimonianza culturale dei beni che cadono sotto la sua giurisdizione. Inoltre, la pretesa del J.P. Getty Trust di mantenere nelle proprie collezioni la statua perpetra la violazione del principio internazionale che “che i musei, le biblioteche e gli archivi, in quanto istituzioni culturali, devono vigilare affinché la costituzione delle loro collezioni sia fondata su principi morali universalmente riconosciuti”¹⁵⁰. La violazione di tale obbligo morale, oltre che giuridico, è stato reiteratamente accertato dalla magistratura italiana in relazione alla consuetudine della istituzione

¹⁵⁰ Il direttore del J.P. Getty Museum scrive in data 15 maggio 1989 in risposta al prof. Sisinni, che gli chiedeva di restituire la statua all’Italia la statua «... Lei scrive come se pensasse che il Getty Museum sia inconsapevole e insensibile alle serie questioni etiche poste dagli studiosi in relazione al mercato delle antichità, La verità è un’altra: noi seguiamo una politica che ci impone restrizioni inconsuete riguardo agli acquisti, che vanno ben oltre quelle richieste dalla legge. Inoltre, Lei parla di “disagio per il mondo degli studiosi” come se il Getty stesso non fosse esso stesso parte di quel mondo, non avesse contribuito a renderlo un po’ più importante mediante le mostre e facendo pubblicazioni sulla scultura in questione. Penso che Lei sarebbe stupito di quanto scrupolosamente le nostre antichità sono conservate, quanto siano esposte con cura, quanto prontamente siano fatte pubblicazioni, e come siano liberamente accessibili agli studiosi di ogni nazionalità. In marzo abbiamo tenuto un simposio internazionale sulla scultura bronzea, uno di una serie di simposi sulle antichità organizzati dal Getty Museum, così come un incontro della durata di un giorno sul collezionismo [...] Il suo consiglio di rispedire *L’Atleta vittorioso* all’Italia è giunto come una spiacevole sorpresa. Non trovo alcuna “sostanza” alla sua rivendicazione che noi siamo motivati da “una inconsistenza etica oltre che giuridica”. Noi riteniamo che la statua abbia un legame tenue col patrimonio italiano. È stata oggetto di rivendicazioni legali in Italia che sono cadute nel 1970 ed è stata acquistata dal Getty Museum nel 1977 in totale conformità alle leggi interne e internazionali. È stata messa in mostra in modo permanente da allora e studiata con pubblicazioni *in extenso*. I fatti della disputa sono pesantemente resi pubblici da molti anni; non siamo a conoscenza di nuovi fatti che possano influenzare il nostro modo di considerare lo stato della statua ...». La tesi sostenuta da John Walsh, direttore del J.P. Getty Museum trova completa confutazione nella sentenza del Tribunale di Roma 13 dicembre 2004 n. 3553/01 R.G.GIP, nei confronti di Marion True, direttrice delle antichità del J.P.G. Museum.

culturale di acquisto di materiale archeologico proveniente da scavo clandestino da mercanti italiani e stranieri responsabili, anche indirettamente, degli scavi clandestini nel territorio italiano¹⁵¹. E ciò, tenendo conto nella valutazione del comportamento del J.P.G. della violazione della disposizione dell'art. 6 della Convenzione UNESCO 1970, relativa all'impegno assunto dagli Stati parti di prevedere una autorizzazione all'esportazione

¹⁵¹ F. ISMAN, *I predatori dell'arte: il saccheggio dell'archeologia in Italia*, Skira, Milano 2009. M. BRAND, direttore del J. Paul Getty Museum, scrive nel catalogo della mostra *Capolavori ritrovati Nostoi* (Roma, Palazzo del Quirinale, 21 dicembre 2007 - 2 marzo 2008 - «Dal momento in cui ho assunto la direzione del J. Paul Getty Museum nel dicembre del 2005, ho dato la priorità assoluta alla soluzione del problema relativo alle rivendicazioni di opere facenti parte della nostra collezione di beni antichi. In virtù della diretta opera di ricerca da parte del Getty Museum nonché della presentazione da parte del Governo Italiano di nuovi elementi di prova, abbiamo convenuto che è giusto che queste 40 opere d'arte ritornino in Italia. Questa mostra allestita presso il Palazzo del Quirinale, che comprende questi importanti manufatti di straordinaria bellezza, segna l'epilogo di questo processo e inaugura una nuova era di cooperazione tra il Getty Museum e l'Italia. I reperti che in precedenza appartenevano alla collezione del Getty Museum sono stati custoditi con estrema cura dai nostri curatori e conservatori per molti anni. Ciascuno di questi manufatti ha occupato una posizione di rilievo nelle nostre gallerie della Villa Getty a Los Angeles, un museo d'arte unico realizzato sul modello della Villa dei Papiri di Ercolano. I suoi numerosi visitatori, provenienti sia dagli Stati Uniti che dal resto del mondo, ne sentiranno profondamente la mancanza. Questa mostra si presenta come una pietra miliare nel complesso dibattito internazionale sul patrimonio culturale. Essa testimonia il profondo sforzo dell'Italia e di altri paesi per combattere il traffico illecito di beni antichi, processo favorito anche dalla rigorosa politica adottata dal Getty Museum nell'ottobre del 2006 a proposito delle nuove acquisizioni. Nonostante il naturale senso di perdita che genera, questa è pur sempre un'occasione da celebrare per il Getty Museum. Il ruolo che queste opere ricoprivano alla Villa Getty, narrando da un punto di vista visivo e tematico la storia di dei e dee, di meravigliose creature mitologiche, di antichi drammi e commedie, di donne e di bambini dell'antica Grecia, di Roma e dell'Etruria, sarà ora interpretato da capolavori concessi in prestito al Getty Museum dal Governo italiano. Questo generoso programma di prestiti a lungo termine su base quadriennale servirà a rafforzare la nostra capacità di educare i visitatori della Villa esibendo loro nuovi capolavori italiani in modo continuativo. Una delle principali missioni dei musei d'arte in tutto il mondo è quella di sviluppare le proprie collezioni e offrire esempi del nostro patrimonio culturale condiviso alla portata del pubblico più ampio. Considerando il ruolo che attende il museo per il futuro, siamo certi che l'esperienza dei visitatori sarà accresciuta non soltanto da nuove acquisizioni, ma anche dal frutto dei rapporti di collaborazione con colleghi di tutto il mondo fondati sulla fiducia e la comprensione reciproca. A nome del J. Paul Getty Museum desidero ringraziare il Presidente della Repubblica Italiana, Giorgio Napolitano, per aver messo a disposizione questo illustre scenario ove esibire i capolavori restituiti all'Italia, e il Ministro Italiano per i Beni e le Attività Culturali, Francesco Rutelli, per l'opportunità che il nostro accordo offre di porsi come esempio per un futuro pieno di speranze nuove prospettive».

dei beni culturali nazionali, nonché di proibire la importazione di beni carenti della autorizzazione «a portare [...] a conoscenza del pubblico questa proibizione, e in particolare a conoscenza di quelle persone che potrebbero esportare o importare beni culturali».

Stampato nel mese di febbraio 2020
da Libreria Efesto
Via Corrado Segre, 11 - 00146 Roma
info@libreriaefesto.com

La vicenda della esportazione clandestina della statua *L'Atleta vittorioso* di Lisippo è stato lo spunto per l'Autore per approfondire le problematiche giuridiche che si sono poste nella trattazione del caso in sede stragiudiziale e giudiziaria. La rivendica di un bene culturale illecitamente sottratto al patrimonio culturale nazionale richiede una approfondita analisi non solo del diritto nazionale dello Stato di origine, ma anche di quello dello Stato di importazione, nonché delle Convenzioni internazionali multilaterali e bilaterali in materia di diritto dei beni culturali ratificate dagli Stati interessati alla vicenda.



MAURIZIO FIORILLI, già Vice avvocato generale dello Stato, è esperto in diritto comunitario, diritto dei beni culturali, diritto amministrativo, diritto della concorrenza e diritto tributario. Ha svolto attività accademica come docente di diritto comunitario presso la Facoltà di Medicina Veterinaria della Università di Perugia, di diritto della concorrenza presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Perugia, di diritto costituzionale presso la Scuola di applicazione forense della Università degli studi "La Sapienza" di Roma e di diritto dei beni culturali presso la Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA di Roma. È stato membro della Commissione che ha redatto il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio del 2004 e presidente della Commissione ministeriale per il recupero dei beni culturali.

Ha svolta una intensa attività sia consultiva che contenziosa nella materia dei beni culturali. In particolare, ha rappresentato e difeso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali nel procedimento penale che ha condotto alla confisca dell'*Atleta Vittorioso* di Fano. Nella qualità di presidente della Commissione ministeriale *ad hoc* ha condotto i negoziati con le istituzioni culturali statunitensi, fra le quali il J. Paul Getty Museum, per la restituzione dei beni culturali italiani di illecita provenienza presenti nelle loro collezioni, redigendo, all'esito, i relativi Accordi di restituzione e di collaborazione culturale. È stato relatore in Italia e all'estero in convegni nella materia della circolazione internazionale dei beni culturali e della c.d. diplomazia culturale. È autore del libro *Beni Culturali fiscalità-mecenatismo-circolazione*.


Edizioni **Efesto**

Euro 20,00

ISBN 978-88-3381-147-5

