

INTRODUZIONE

1. *Perché restituire?*

L'intricato rapporto tra individuo, patrimonio culturale, arte e mercato sottende una nutrita varietà di questioni etiche e giuridiche. Alcune, fra le più complesse, traggono origine dai principali accadimenti storici del ventesimo secolo. Tra queste, centrale è quella della restituzione di beni culturali e opere d'arte rubati o comunque illecitamente sottratti al proprietario, oppure indebitamente acquisiti. Si delinea una disciplina – quella delle restituzioni – avente natura intrinsecamente interdisciplinare, poiché non solo richiama aspetti legati al diritto, ma richiede inoltre l'intervento di esperti di altri ambiti della conoscenza, e in particolare quello di coloro che si occupano di storia contemporanea, nonché degli storici dell'arte e dei museologi.

Inoltre, si delinea una serie di questioni trasversali, nell'ambito del diritto stesso. Se da una parte l'opera d'arte è un bene tendenzialmente mobile, che come tale può essere oggetto di uno o più atti aventi a oggetto il trasferimento di diritti tra persone fisiche e giuridiche, d'altra parte, a certe condizioni, è pure meritevole di una tutela particolare. Questa le è accordata dagli organi pubblici in ragione della sua valenza emblematica e a prescindere da canoni estetici, valore monetario o stato di conservazione. I beni artistici sono caratterizzati da una duplice natura: essi presentano un valore non soltanto dal punto di vista economico e commerciale, ma anche in quanto rappresentativi di identità e significati.¹

Duplici è quindi anche la *ratio* che giustifica la restituzione di un bene artistico. Se si considera l'aspetto materiale del bene, "restituire" significa riabilitare il proprietario di un bene alla fruizione di esso. Il ritorno allo *status quo ante* è uno dei requisiti della riparazione del danno, che è in fin dei conti lo scopo primario di molti rimedi offerti dal diritto civile. L'unicità e l'infungibilità che caratterizzano

¹ T. SCOVAZZI, *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 3-9.

l'opera d'arte corroborano ulteriormente la necessità di garantire la riconsegna dell'oggetto al suo legittimo proprietario.

Se si considera la rilevanza storico-culturale particolarmente importante che un bene di proprietà privata può rivestire, sorge altresì un interesse pubblico volto a far sì che il proprietario originale rimanga garante della pubblica fruizione di esso. Infatti, laddove un oggetto sia classificabile come “bene culturale”, la sua restituzione è un imperativo riconosciuto oggi su scala globale: la comunità internazionale è infatti andata a sovrapporre alla nozione di proprietà culturale (“*cultural property*”) quella più ampia e pubblicistica di patrimonio ereditario culturale (“*cultural heritage*”), intendendo con quest'ultimo concetto la totalità degli oggetti culturali, delle tradizioni, della conoscenza e delle abilità che una data nazione o comunità ha ereditato tramite un processo di apprendimento e trasmissione, dalle generazioni precedenti. Questo patrimonio, di importanza globale, contribuisce a plasmare un senso d'identità da trasferire alle generazioni successive² e deve perciò essere salvaguardato attraverso strumenti efficaci, sia di diritto civile, sia di natura penale. La presa di coscienza della valenza globale del patrimonio artistico è ben riassunta nel preambolo della Convenzione dell'Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954, secondo cui “*i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo essi appartengano, costituiscono danno al patrimonio culturale dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale*”.

Il processo di restituzione di opere d'arte si muove oggi sul piano del diritto interno, privato e pubblico, e su quello del diritto internazionale, i quali talora scorrono paralleli, talaltra si intersecano. In entrambi, si cerca di trovare una soluzione a numerose questioni, fra cui quella di determinare quale situazione giuridica sia meritevole di protezione laddove un soggetto, ignaro della provenienza furtiva di un oggetto, ne sia venuto in possesso e l'abbia a sua volta trasferito ad altri soggetti, pure in buona fede, nel corso del tempo. In tale situazione, la stabilità degli scambi commerciali merita di essere protetta tanto quanto l'interesse del proprietario originario a tornare in possesso di quanto gli appartiene, considerando che si tratta di un bene infungibile in virtù del suo particolare valore intrinseco.

² F. FRANCONI, *Culture, heritage and human rights: an introduction*, in F. FRANCONI, M. SCHEININ (a cura di), *Cultural human rights*, Brill, Leiden/Boston, 2008, pp. 1-15.

Nel diritto privato degli ordinamenti giuridici di *civil law*, la tutela di una parte o dell'altra si fonda su un giudizio valutativo del comportamento dell'acquirente: la buona fede di quest'ultimo viene considerata un criterio idoneo a consentire il consolidamento dell'acquisto malgrado l'illecito spossessamento del proprietario. Nei sistemi di *common law*, la salvaguardia del diritto di proprietà è invece assicurata sistematicamente e, almeno nella maggior parte dei casi, prescinde di regola dalla presa in considerazione della condotta di eventuali terzi.

Le recenti regolamentazioni, in gran parte di natura internazionale, sono andate a sovrapporsi alle norme di diritto comune di ciascuno Stato in materia di circolazione di beni mobili corporali, che raramente tengono in considerazione la natura particolare degli oggetti d'arte. Da una parte, si è affermata la tendenza a imporre un'obbligazione di correttezza, trasparenza e diligenza a tutte le parti della compravendita di un bene artistico, al fine di garantire la trasparenza dell'acquisto e di assicurarsi che l'acquirente abbia indagato sulla provenienza dell'oggetto.

Dall'altra, il crescente interesse a livello globale alla protezione del patrimonio culturale ha portato a codificare soluzioni che garantiscono in qualunque circostanza la restituzione del bene storico-artistico rubato o illecitamente esportato al suo legittimo proprietario, accordando di contrapposto un compenso monetario al possessore che se ne veda privato. Condizione all'ottentimento dell'indennizzo è l'adozione di una condotta diligente nel momento in cui si è entrati in possesso del bene in questione; un parametro, questo, che ha condotto la comunità di Stati a interrogarsi sulla portata di tale obbligazione, implicante la doverosità di una precisa regola di comportamento.

Il movimento internazionale in materia di restituzione ha dunque avuto una notevole influenza sulla pratica, ossia sulla prassi seguita dai tribunali e sul modo in cui le giurisdizioni interpretano la nozione di buona fede. Affinché quest'ultima possa essere ritenuta esistente, è ritenuto indispensabile che la condotta dell'acquirente sia stata tale da dissipare ogni dubbio quanto all'illecita provenienza di un oggetto d'arte o di antiquariato.

“Restituire” è dunque ad oggi l'imperativo che si pongono le istituzioni di fronte al sempre più dilagante fenomeno del traffico illecito di opere d'arte. Dal punto di vista economico e privatistico, ciò consente infatti di responsabilizzare

venditori e acquirenti e di garantire uno svolgimento regolare e trasparente delle transazioni nel mercato dell'arte, il valore delle quali è in costante aumento. D'altra parte, la tendenza internazionale in favore delle restituzioni si muove in nome dell'interesse ad assicurare la protezione e l'accessibilità del patrimonio culturale.

L'esigenza di restituire si impone anche nel contesto dei beni artistici frutto delle spoliazioni naziste perpetrate prima e durante la seconda guerra mondiale.

Tale fenomeno ha causato una dispersione di opere d'arte di proporzioni uniche nella storia dell'umanità. Questa peculiare problematica era scarsamente affrontata fino ai primi anni novanta. Il processo di restituzione, strettamente connesso al risarcimento e alla riparazione della piaga dell'Olocausto, si avvera tutt'oggi particolarmente tortuoso dal momento che non esistono strumenti giuridici *ad hoc* in grado di garantire ai proprietari (o meglio, ai discendenti dagli originali proprietari) di riottenere quanto barbaramente sottratto durante il tragico periodo delle persecuzioni razziali. Accanto a dichiarazioni e considerazioni di carattere etico, nessuna soluzione pratica univoca è stata ancora raggiunta ad oggi. Complici i termini di prescrizione particolarmente brevi e l'irretroattività delle convenzioni internazionali, il problema dei beni d'arte sottratti durante l'Olocausto resta quanto mai attuale e meritevole di una risposta concreta.

2. *Perché comparare?*

Nonostante la crescente rilevanza assunta dalla prospettiva dischiusa dal diritto internazionale, sulla quale ci soffermeremo in seguito, numerosi istituti di diritto privato si rivelano tuttora indispensabili alla risoluzione di dispute aventi ad oggetto la titolarità di oggetti d'arte. In quanto beni mobili, la proprietà e il possesso su di essi possono formare oggetto di trasferimenti che si protraggono nello spazio e nel tempo, creando a lungo termine incertezza quanto alla titolarità su una determinata opera.

Perdipiù, la protezione quasi incondizionata del possessore di buona fede nei sistemi di *civil law* ha sollevato questioni quanto alla giustizia e all'equità delle soluzioni giudiziali. Fino a tempi recenti i legislatori nazionali sono rimasti sordi di

fronte alla necessità di garantire soluzioni corrette nei confronti tanto del proprietario originale quanto del possessore o acquirente in buona fede.

Nel corso degli ultimi vent'anni si è potuta riscontrare, tuttavia, una graduale presa di coscienza da parte dei governi di varie nazioni circa la necessità di prendere in considerazione questa situazione particolare: si è dunque cercato di garantire soluzioni efficaci introducendo regimi *ad hoc*, quale ad esempio quello in vigore per la rivendicazione di beni culturali introdotto nel 2003 in Svizzera, Paese in cui furono nascosti molti dei beni depredati ai proprietari, ad opera dei nazisti.

Ciononostante, gli strumenti offerti dai diritti nazionali in tema di restituzione di beni culturali rimossi continuano a difettare di armonia e coerenza, requisiti indispensabili per risolvere questioni di proporzioni transfrontaliere. Di fronte alla molteplicità di fonti applicabili, la tendenza che si è imposta nell'ultima decade è stata di privilegiare il diritto internazionale come disciplina di riferimento non solo per gli Stati, ma anche per i privati cittadini.³ In quest'ottica, pur persistendo una diversità fra le soluzioni accolte dai sistemi nazionali, l'implementazione di convenzioni multilaterali ha consentito di compiere un ulteriore passo verso obiettivi comuni: proteggere il patrimonio culturale dal traffico illecito e fornire regole meno orientate verso le dinamiche proprie del mercato rispetto a quelle normalmente applicabili alla proprietà in generale.⁴

È in questo contesto che si è cercato di superare la radicale protezione vuoi del proprietario originale, secondo il principio *nemo dat quod non habet* tipico dei sistemi di *common law*, vuoi dell'acquirente o possessore di buona fede, in virtù della massima "possesso vale titolo", accolta nei sistemi di *civil law*. Tale dicotomia di soluzioni produce come diretta conseguenza il fatto di privare entrambe le parti di certezza giuridica o di consentire ad una di esse, trasferendo il bene in un Paese o in un altro, di invocare la legge a lei più favorevole.

Da una parte, le pronunce giudiziali più recenti in materia di restituzione mostrano una tendenza a privilegiare la nozione di *due diligence* a quella di buona fede nei confronti dell'acquirente dell'opera d'arte rubata. Le varie giurisdizioni si

³ V. VADI, H. SCHNEIDER, *Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues*, Springer, Berlin, 2014, p.16.

⁴ A. CHECHI, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, OUP, Oxford, 2014, p. 65.

mostrano sempre più severe nei confronti dell'acquirente, andando a verificare se quest'ultimo abbia effettuato ricerche dettagliate quanto alla provenienza dell'opera, prima di acquistarla. Non è dunque più sufficiente che l'acquirente abbia ignorato l'origine illecita del bene al momento dell'acquisto perché gli venga assicurata la titolarità su di esso.

D'altra parte, le convenzioni internazionali più recenti si muovono sempre più in una direzione volta al raggiungimento di una soluzione di equilibrio: se da una parte tendono ad ammettere in ogni caso la restituzione del bene culturale rubato o illecitamente esportato, dall'altra premiano il possessore *diligente* garantendogli un equo indennizzo ed evitando così che rimanga, per così dire, "a mani vuote".

Di conseguenza, la comparazione fra ordinamenti giuridici consente non soltanto di mettere in luce la differente intensità della tutela accordata all'una o all'altra parte, ma anche le ragioni che hanno portato i legislatori e le corti nazionali ad orientarsi in un senso o in un altro.

La riflessione comparatistica che verrà proposta si snoderà lungo un percorso tutt'altro che omogeneo. Notoriamente, infatti, Italia, Svizzera e Regno Unito – i tre Paesi di cui saranno analizzate le fonti e le prassi - presentano tre sistemi privatistici fondati su tradizioni giuridiche e ideologie contrastanti, al di là dell'evidente dicotomia fra istituti propri, rispettivamente, della tradizione di *civil law* e *common law*. Proprietà e possesso, alla base degli scambi commerciali, assumono connotazioni del tutto particolari in ciascuno di essi.

Per di più, trattando un tema tanto esteso e pluridisciplinare quale la restituzione di opere d'arte illecitamente rimosse, lo sguardo deve essere più ampio e non limitarsi alla sola analisi delle norme privatistiche: il raffronto dei tre modelli richiederà perciò l'analisi della prassi giurisprudenziale, nonché dell'adempimento da parte di ogni Paese alle recenti convenzioni internazionali. Solo allora sarà possibile avere un'immagine completa dell'approccio di ciascun sistema alla disciplina della restituzione di opere d'arte. Si noterà ad esempio come l'Italia, il cui Codice civile prevede regole estremamente protettive nei confronti del terzo acquirente in buona fede di un bene rubato a discapito del proprietario originale, sia stato uno dei pochi Stati ad aver sottoscritto obblighi internazionali, in totale controtendenza con

le sue norme privatistiche, previsti dalla Convenzione UNIDROIT del 1995 sulla restituzione di beni culturali rubati o illecitamente esportati.

In Svizzera, malgrado il rifiuto di introdurre la disciplina UNIDROIT in ragione dell'enorme flusso di beni artistici di provenienza più o meno lecita in territorio elvetico, le corti hanno sapientemente adattato le proprie pronunce caricando la tradizionale nozione di buona fede di una portata oggettiva e legata all'adempimento di determinati obblighi di diligenza, al momento dell'acquisto di un'opera d'arte.

La giurisprudenza inglese, nell'interpretare un diritto che, pur tutelando sistematicamente il proprietario, accorda in via eccezionale una forma di protezione all'acquirente in buona fede, si è mossa nel medesimo senso.

Ciò che accomuna la risoluzione delle controversie in materia di beni artistici illecitamente sottratti è dunque la necessaria valutazione dello stato psicologico dell'acquirente.

Tale apprezzamento viene effettuato in maniera più o meno rigorosa e sulla base di criteri che variano in funzione dell'ordinamento preso in considerazione. Comparare fra di loro il sistema italiano, svizzero e inglese consentirà quindi di mettere in luce come, in fin dei conti, tutti e tre si muovano verso il progressivo abbandono del criterio della buona fede quale mera ignoranza dell'illecita origine del bene e accolgono l'adozione di *standard* di attenzione rigorosi che si impongono a chiunque intenda acquistare un oggetto d'arte.

Nel corso della ricerca, pertanto, si analizzeranno i fondamenti giuridici della domanda di restituzione formulata nei confronti di una persona fisica acquirente o possessore di un bene artistico da parte di colui che se ne professa proprietario originale, sostenendo che tale bene sia stato rimosso, rubato o sequestrato a lui o ai suoi eredi. Tale domanda presenta tre caratteristiche ricorrenti. Per prima cosa l'oggetto della lite è sempre un bene mobile; in secondo luogo, una parte reclama, nei confronti della controparte, la titolarità della proprietà di tale oggetto; in terzo luogo, interessi di natura pubblica e privata, delle parti e di terzi, emergono

nel corso della procedura instaurata a seguito della proposizione in giudizio della domanda e necessitano di essere presi in considerazione.⁵

La problematica verrà esaminata, appunto, alla luce del diritto italiano, svizzero e inglese in ragione della diversità di soluzioni accolte non solo dagli ordinamenti giuridici di *civil law* rispetto a quelli di *common law*, ma anche in seno agli ordinamenti di *civil law* stessi, a seconda che questi riflettano la matrice romanistica o germanica.

Sarà innanzitutto indispensabile inquadrare la nozione di “bene culturale”, tenuto conto delle conseguenze che la sussunzione di un bene in questa categoria può avere sulla sua circolazione, per poi proporre un inquadramento generale dedicato alle nozioni di possesso, buona fede e di modi di acquisizione della proprietà.

Entrando nel merito della questione, saranno trattate quindi le problematiche legate all’acquisizione della proprietà di oggetti d’arte rubati nonché le questioni affrontate ed evidenziate dal movimento di restituzione su scala globale di opere confiscate durante il regime nazista (la cosiddetta *looted art*) e successivamente disperse in tutto il mondo. Il che consentirà di appurare come le domande giudiziali in quest’ambito siano aumentate esponenzialmente a partire dagli anni novanta del XX secolo ed attualmente formino oggetto di accesi dibattiti quanto all’efficacia delle soluzioni offerte.

Occorrerà in seguito richiamare le principali fonti internazionali in materia, con una particolare attenzione alla Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 1995 e all’influenza che essa ha esercitato in ciascun sistema giuridico.

Verranno successivamente considerate le soluzioni offerte da ciascuno dei tre ordinamenti nazionali sottoposti a comparazione, con particolare attenzione alla casistica giurisprudenziale: si osserverà come i temi dell’acquisto della proprietà tramite il possesso e della rivendicazione della proprietà siano declinati in maniera radicalmente diversa. In seguito, sarà messa in luce la questione della prescrizione come ostacolo all’azione di colui che si rivendica proprietario. Nel corso dell’intera analisi verrà posto costantemente l’accento su buona fede e *due diligence*, requisiti

⁵ B. SCHÖNENBERGER, *The Restituion of Cultural Assets*, Stämpfli, Bern, 2009, p. 37.

indispensabili alla protezione della parte a cui è contestata la titolarità della proprietà del bene.

È l'iniquità delle soluzioni garantite attualmente dai diversi ordinamenti giuridici in tema di restituzione di beni culturali che porterà a considerare i limiti, a livello nazionale e internazionale, degli strumenti ad oggi disponibili, legati a un'applicazione eccessivamente rigida vuoi del criterio di buona fede, vuoi della massima *nemo dat*. Infine saranno richiamati possibili rimedi alle ingiustizie causate dall'esito delle domande giudiziali, con particolare attenzione alle modalità alternative di risoluzione delle controversie e alla elevazione della *due diligence* a criterio fondamentale nei casi di restituzione.

L'obiettivo primario di questa ricerca è quello di delineare in maniera approfondita la rilevanza dei principi di buona fede e di *due diligence* quali concetti decisivi nel contribuire a ostacolare o, al contrario, a favorire la restituzione di beni culturali a seconda del sistema giuridico di riferimento, tenendo conto tanto del quadro legislativo nazionale e internazionale quanto della prassi giudiziale.

CAPITOLO I

L'OPERA D'ARTE: BENE MOBILE OGGETTO DEL POSSESSO

Sezione I

Problemi di qualificazione : bene culturale e opera d'arte

1. *Bene culturale e opera d'arte: un 'circulus inextricabilis'*

In via preliminare, è fondamentale circoscrivere quanto più precisamente l'oggetto della ricerca prestando un'attenzione particolare al lessico utilizzato. Impiegare la locuzione "bene culturale" ha come conseguenza l'applicazione, sui beni definiti come tali, di regolamentazioni e limiti imposti dal diritto amministrativo in tema di alienazione e restituzione. I beni culturali sono infatti caratterizzati da un'unicità tale che finiscono per assumere rilievo in virtù del godimento recato a chi se ne trovi in possesso piuttosto che per la massimizzazione del loro valore di liquidazione in ottica capitalistica.¹

L'attenzione da parte del legislatore al tema dei beni culturali è sorta nel momento in cui la cultura è diventata accessibile al grande pubblico e, come tale, potenziale oggetto di scambio. La circolazione internazionale di opere d'arte è venuta inevitabilmente a contrapporsi con l'interesse dello Stato ad evitare la dispersione di oggetti che rappresentano il patrimonio dell'intera umanità.² Da qui la necessità di assicurare che il commercio di tali beni sia soggetto a controllo da parte delle entità governative, che fissano i propri criteri di individuazione dei beni meritevoli di tale tutela. Quest'ultima ha come principali obiettivi il controllo dell'alienazione dei beni culturali tramite norme che regolano la prelazione da parte dello

¹ M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 135-139.

² M. COSTANZA, *La circolazione delle opere d'arte: regole civilistiche di scambio*, CEDAM, Padova, 1999, p. 4.

Stato, l'identificazione e registrazione di oggetti facenti parte del patrimonio culturale, l'imposizione di misure di protezione e conservazione, oltre a particolari provvedimenti in materia fiscale e amministrativa.³

Se dunque un oggetto rientra in questa speciale categoria di beni, le comuni regole di circolazione dettate dal diritto privato vengono meno o subiscono limitazioni quanto alla loro applicazione. I contorni della poliedrica nozione di bene culturale variano a seconda del sistema giuridico di riferimento, e all'interno di ogni sistema è altrettanto complicato definire il confine fra un bene culturale e un oggetto d'arte privo di un particolare interesse storico-artistico.

L'opera d'arte è un concetto trasversale alla categoria dei beni culturali. Da una parte, infatti, le opere d'arte costituiscono solo una frazione di tutti i beni culturali. Dall'altra, la nozione di opera d'arte non rientra necessariamente in quella di bene culturale, in quanto comprende qualunque bene mobile che sia prodotto dell'attività creativa dell'uomo; l'espressione è comunemente utilizzata per fare riferimento ad espressioni di pittura e scultura.⁴ Di conseguenza alcuni beni, pur presentando valenza di opera d'arte, non hanno caratteristiche tali per cui possano essere qualificati come beni culturali e sono dunque esenti dai relativi vincoli e speciali regimi di circolazione. L'ambivalenza della nozione di opera d'arte merita quindi di essere chiarita definendo i limiti di quella di "bene culturale".

Saranno presi in considerazione i soli oggetti d'arte e beni culturali classificati come beni *mobili* corporali, in quanto solo la circolazione delle cose mobili può essere viziata dalla provenienza furtiva o dall'appropriazione indebita. Si noti che da una parte il Codice civile italiano e quello svizzero si riferiscono alla nozione di "bene", tipica della tradizione di *civil law* di origine francese; la terminologia giuridica inglese preferisce invece quello più generico di "*property*", retaggio di una mentalità giuridica in cui la nozione di cosa o, più generalmente, tutta la teoria della *law of property* è sempre stata comprensiva della categoria dei diritti sulle cose.⁵ Nell'analisi dei tre sistemi giuridici presi in considerazione si terrà dunque conto dei soli beni suscettibili di far oggetto del possesso.

³ A. CHECHI, op. cit., p. 66.

⁴ M. COSTANZA, op. cit., p. 4.

⁵ A. GAMBARO, *I beni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 39.

2. *La nozione pubblicistica di bene culturale negli ordinamenti nazionali*

Come già accennato, i beni culturali, anche se inseriti in un contesto di mercato che ha ormai acquisito proporzioni globali, appartengono ad una categoria specifica per cui esistono a livello nazionale particolari disposizioni in materia di circolazione volte ad evitare la proliferazione del mercato illecito. Il contenuto delle regolamentazioni si rivela più o meno rigido a seconda del Paese preso in considerazione.

John Henry Merryman ha suggerito una classificazione in funzione della domanda e dell'offerta di beni culturali nel mondo: i Paesi-fonte (o *source countries*), come l'Italia, sono caratterizzati da un ricco patrimonio storico-artistico che hanno interesse a tutelare e l'offerta è in notevole eccesso rispetto alla domanda interna; il quadro normativo in materia di circolazione dei beni culturali è rigido e segue l'adagio per cui si proibisce, a meno che non si permetta (*prohibited unless permitted*). Al contrario, i Paesi di mercato (o *market countries*), come il Regno Unito, registrano una domanda di oggetti d'arte più elevata dell'offerta interna e dispongono dunque di una legislazione permissiva e flessibile, secondo la regola opposta, volta a favorirne le importazioni: si permette, a meno che non sia vietato (*permitted unless prohibited*). Rispettano lo stesso principio i Paesi di transito (o *transit countries*), come la Svizzera, dotati di porti franchi e geograficamente situati in una posizione strategica fra *source countries* e *market countries*.⁶

2.1. *I beni culturali nell'ordinamento italiano*

L'espressione "bene culturale" fu adottata per la prima volta in Italia soltanto nel 1967 dalla cosiddetta Commissione Franceschini, andando a sostituire quella utilizzata dalla legge n.1089/1939 in materia di tutela delle "cose di interesse artistico e storico".⁷ Nella sua Relazione, la Commissione propose di definire concettualmente i beni culturali come "*tutti i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che*

⁶ J. ULPH, I. SMITH (a cura di), *The Illicit Trade in Art and Antiquities: International Recovery and Criminal and Civil Liability*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 6.

⁷ A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 356.

costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà". Formulata in questi termini, la definizione di "bene culturale" è aperta e variabile in quanto slegata da cognizioni tecniche o scientifiche.

Si è dunque assistito non soltanto a una semplice modifica terminologica, ma anche e soprattutto a una nuova qualificazione giuridica in termini di *beni* che, in quanto tali, sono portatori di un'utilità di tipo spirituale⁸ e valoriale che li rende bisognosi di tutela e valorizzazione, conformemente all'articolo 9 della Costituzione. Il passaggio dalla definizione di "cose d'interesse storico-artistico" alla nozione di bene culturale ha avuto come conseguenza lo sviluppo in Italia di un movimento di riforma per una politica di gestione del patrimonio culturale più dinamica e volta ad assicurare la fruizione collettiva dei beni che lo compongono.

Mosso da tale convinzione, il legislatore italiano ha così ripreso la definizione della Commissione Franceschini nell'attuale Codice dei beni culturali e del paesaggio, detto Codice Urbani (di seguito "il Codice"), introdotto con decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.⁹

L'art. 2 c. 2 fornisce la seguente definizione di "beni culturali":

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

Gli artt. 10 e 11 del Codice elencano dettagliatamente che cosa costituisce un bene culturale, escludendo espressamente le cose mobili che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga a oltre cinquanta anni (art. 10 c. 5). Benché ampia, la nozione di "beni culturali" viene dunque circoscritta a una specifica categoria giuridica unitaria che si arricchisce in forza di un giudizio valutativo dell'interesse culturale di un oggetto effettuato ora dal legislatore, ora dall'Amministrazione. Al primo comma dell'art. 10 sono menzionate "*le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché*

⁸ G. TEMPESTA, *Beni culturali, circolazione giuridica e interesse religioso*, Cacucci, Bari, 2012, p.23.

⁹ Modificato da d.lgs. 24 marzo 2006, n.n. 156 e 157.

ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico"; al secondo le universalità di beni mobili (quali raccolte di musei, pinacoteche e gallerie, archivi e raccolte librerie) appartenenti allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico. Per essi vale il principio d'inalienabilità del demanio culturale, che li rende *res extra commercium*.

I beni elencati all'art. 10 c. 3 del Codice diventano beni culturali soggetti ai conseguenti vincoli alla circolazione soltanto dopo dichiarazione dell'interesse culturale ex art. 13. Il carattere culturale di tali beni è dunque frutto di una decisione discrezionale dell'amministrazione. Nello specifico, si tratta di beni "immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante" appartenenti a soggetti diversi da quelli a carattere pubblico. L'art. 10 c. 3 fa riferimento in particolare ad archivi e raccolte librerie di appartenenza privata, nonché a collezioni e serie di oggetti di "eccezionale interesse artistico o storico". Il procedimento di dichiarazione, descritto all'art. 14, è avviato dal soprintendente, "anche su motivata richiesta della regione e di ogni altro ente territoriale interessato, dandone comunicazione al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa che ne forma l'oggetto". L'art. 11 rinvia alla disciplina specifica che il Codice riserva ad alcune particolari categorie di beni culturali.

Per quanto riguarda la circolazione dei beni culturali in ambito *nazionale*, la disciplina è alquanto complessa e caratterizzata da regimi differenti a seconda dello *status* del bene culturale discendente dalla sua titolarità o provenienza, pubblica o privata¹⁰. Ciò comporta delle differenze importanti quanto all'intensità della tutela pubblicistica volta a regolare l'alienabilità dei beni che ne sono oggetto.

Conformemente agli artt. 53 e 54 del Codice dei beni culturali, i beni facenti parte del demanio culturale degli enti pubblici locali, e cioè quelli elencati all'art. 10 c. 1 e c. 2, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di

¹⁰ A. ANSELMO LEMME, *La commerciabilità dei beni culturali*, in A. MACCARI, V. PIERGIGLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 231.

terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Il Codice civile qualifica allo stesso modo il regime giuridico di circolazione di tali beni agli artt. 822 e ss. Sono dunque inficiati da nullità relativa¹¹ gli atti di trasferimento aventi ad oggetto beni demaniali. I restanti beni culturali pubblici di natura non demaniale rientrano invece nel patrimonio indisponibile di Stato, regioni, province e comuni.

Il Codice dei beni culturali prevede, per i beni di cui all'art. 10 c. 1, la possibilità di verifica dell'interesse culturale ex art. 12, che può avvenire d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono. Nel caso in cui quest'ultima abbia esito negativo, i beni vengono sdemanializzati e rimessi in libero commercio.

I beni di cui all'art. 10 c. 2 non sono sottoposti né a verifica né a dichiarazione di interesse culturale in quanto esso si presume *iuris et de iure*. Il principio di inalienabilità del patrimonio culturale demaniale si fonda sulla consapevolezza che la titolarità di un bene in capo a Stato, regioni ed enti locali ne garantisce l'accessibilità pubblica. Ex art. 54, vige quindi un regime di inalienabilità assoluta (fatto salvo il trasferimento allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali), fino ad eventuale sdemanializzazione ex art. 12, per beni mobili e immobili, opera di autore non vivente e risalenti a più di cinquant'anni, appartenenti allo Stato e agli enti non lucrativi. Parte della dottrina ha criticato questa norma, sottolineando come la presunzione di appartenenza al demanio, se interpretata alla lettera, imponga un regime circolatorio troppo rigido ad una così larga e non precisamente identificata categoria di beni, la cui natura non sarebbe peraltro riconoscibile agli acquirenti che non abbiano rapporti con l'ente pubblico stesso ma con terzi, causando così un ostacolo al commercio di qualsivoglia bene mobile per il solo fatto che esista anche solo la remota eventualità che quest'ultimo sia di provenienza pubblica.¹²

Per gli altri beni appartenenti a persone giuridiche private senza scopo di lucro vige un regime di inalienabilità relativa, essendo necessaria un'autorizzazione del Ministero dei beni culturali.

¹¹ Secondo la giurisprudenza costante della Suprema Corte di Cassazione, in particolare Cass., sez. II, 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, I, 2006, 1880 ss..

¹² In tal senso M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 183; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 454.

Infine, i beni culturali appartenenti ad altri soggetti privati, tra cui le persone fisiche, godono di un regime di libera alienazione senza previa autorizzazione, fatta eccezione per l'obbligo di denuncia e la conseguente facoltà della Pubblica Amministrazione di esercitare il diritto di prelazione. Il Codice dei beni culturali stabilisce infatti che “*gli atti che trasferiscono in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o la detenzione di beni culturali sono denunciati al Ministero*” dall'alienante, dall'acquirente o dal suo erede o legatario nei termini dell'art. 59.

Il Ministero può, in virtù degli articoli 60 e seguenti, acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati a titolo oneroso al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione, il tutto entro due mesi dalla data di ricezione della denuncia. L'atto di alienazione rimane condizionato sospensivamente all'esercizio della prelazione e all'alienante è vietato effettuare la consegna della cosa.

Alla luce di un esame sommario della regolamentazione della circolazione in ambito nazionale, è evidente che ai beni rientranti nella categoria di “beni culturali” è riconosciuta una natura funzionale poiché, a prescindere dall'appartenenza pubblica o privata, la Pubblica Amministrazione esercita su di essi poteri volti a garantire la loro funzione sociale. Trattandosi di beni privati, i provvedimenti dei pubblici poteri non attengono alla sfera patrimoniale della cosa ma soltanto alla conservazione del valore che essa esprime; nel caso dei beni pubblici, non si mira soltanto a garantire la loro conservazione, ma anche la loro pubblica fruibilità in ragione dell'*utilitas publica* che questi incarnano.¹³

La disciplina della circolazione *internazionale* dei beni culturali italiani, tra le più restrittive al mondo, è invece disciplinata dagli artt. 65 e seguenti del Codice dei beni culturali.

L'art. 65 ne regola l'uscita definitiva dal territorio della Repubblica, distinguendo tre casi. *In primis*, è disposto un divieto di uscita definitiva per i beni culturali di cui all'art. 10, comma 1, 2 e 3; dei beni appartenenti ai soggetti indicati dall'art. 10 comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, fino a quando non sia stata effettuata la verifica

¹³ A. ANSELMO LEMME, op. cit., p. 233.

dell'interesse storico-artistico prevista dall'art. 12; dei beni, a chiunque appartenenti, che rientrino nelle categorie dell'articolo 10, comma 3, e che il Ministero abbia escluso dall'uscita perché dannosa per il patrimonio culturale in relazione alle caratteristiche oggettive, alla provenienza o all'appartenenza dei beni medesimi.

In secondo luogo, è soggetta ad autorizzazione l'uscita definitiva dal territorio della Repubblica delle cose, a chiunque appartenenti, che presentino interesse culturale, che siano opera di autore non vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni; di archivi e documenti appartenenti a privati che presentino interesse culturale; dei beni a chiunque appartenenti che rientrano nelle categorie di cui all'art. 11 comma 1, lettere f), g) e h). Tale autorizzazione è disciplinata all'art. 68 e prevede la necessità di fare denuncia del bene che si intende esportare presentandolo all'ufficio di esportazione e indicandone il valore venale, al fine di ottenere l'attestato di libera circolazione. Quest'ultimo ha validità triennale. In virtù dell'art. 70, l'ufficio di esportazione può persino proporre al Ministero l'acquisto coattivo della cosa o del bene per i quali è richiesto l'attestato di libera circolazione, nel caso in cui questo presenti caratteristiche tali da renderne necessaria l'acquisizione al patrimonio nazionale.

Infine, non è soggetta ad autorizzazione l'uscita delle opere di pittura, scultura, grafica e di qualsiasi oggetto di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni.

Il complesso regime di circolazione dei beni culturali in Italia crea una serie di importanti limitazioni amministrative alla facoltà di disposizione in capo al proprietario, proprio in ragione dell'unicità che li caratterizza in quanto portatori di valori e non in quanto semplici merci. Determinare se un'opera d'arte sia qualificabile come bene culturale o meno è quindi essenziale per poter garantire, in seno all'ordinamento italiano, la regolarità dell'alienazione di diritti reali su di essa.

2.2. I beni culturali nell'ordinamento svizzero

Il quadro normativo svizzero in materia di beni culturali si è delineato soltanto a partire dai primi anni novanta del XX secolo, nonostante già a partire dal secondo dopoguerra la Confederazione elvetica si fosse imposta come uno dei prin-

cipali centri del mercato d'arte internazionale. Una delle ragioni del grande successo del mercato d'arte in Svizzera è stata senza dubbio la sua legislazione alquanto liberale, che trattava gli oggetti d'arte come beni mobili qualunque, al punto che Andrea Raschèr, presidente dell'Ufficio Federale della Cultura, dichiarò: “*Una bicicletta rubata è trattata allo stesso modo di una tela rubata di Poussin ed è più facile importare in Svizzera una statua greca che un pomodoro*”.¹⁴ Con l'esponentiale aumento del traffico illecito di opere d'arte da e verso il Paese elvetico è dunque apparso necessario prendere misure efficaci e conformi alla normativa internazionale vigente.

Il testo di riferimento per i beni culturali è oggi la Legge federale del 20 giugno 2003 sul trasferimento internazionale dei beni culturali, comunemente denominata LTBC. Si tratta della legge di attuazione della Convenzione UNESCO sulle misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali del 1970. L'oggetto di detta legge, ex art. 1, è di regolare importazione, transito, esportazione e rimpatrio di beni culturali da e verso la Svizzera, con l'obiettivo di “fornire un contributo al mantenimento del patrimonio culturale dell'umanità e impedire il furto, il saccheggio e l'importazione ed esportazione illecite dei beni culturali”. Il testo tratta della definizione di bene culturale all'art. 2, cpv. 1:

“Per bene culturale si intende un bene *importante*, sotto il profilo religioso o laico, per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza, appartenente a una delle categorie definite nell'articolo 1 della Convenzione UNESCO 1970.”

In un'ottica di rispetto delle obbligazioni derivanti dai trattati internazionali, imposto dall'art. 5 della Costituzione federale, nonché di armonizzazione della legislazione internazionale in materia di beni culturali, l'art. 2 rinvia espressamente alla Convenzione UNESCO del 1970 senza alcuna ulteriore specificazione.

La nozione di opera d'arte è, come nella Convenzione UNESCO, trattata indirettamente attraverso quella di bene culturale: nell'ordinamento svizzero esse

¹⁴ M.A. RENOLD, B. SCHÖNENBERGER, *Switzerland*, in J.A.R. NAFZIGER, R.K. PATERSON (a cura di), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, EE Cheltenham, 2014, p. 409.

sono trasversali, dal momento che non è possibile affermare che in generale tutte le opere d'arte facciano parte dei beni culturali ai sensi della LTBC e viceversa.¹⁵ Benché l'art. 2 cpv. 1 preveda una definizione ampia di "bene culturale", è necessario che l'opera d'arte ne soddisfi le condizioni affinché sia sottoposta a un regime di circolazione particolare. La LTBC ha inoltre avviato la creazione di elenchi dei beni culturali a livello federale e cantonale, rispettivamente agli artt. 3 e 4. L'art. 3 prevede che "*i beni culturali di proprietà della Confederazione e d'importanza significativa per il patrimonio culturale sono iscritti nell'Elenco federale*". L'appartenenza di un bene a uno degli elenchi implica restrizioni quanto alla sua circolazione.

Il regime di circolazione dei beni culturali in Svizzera segue il principio *permitted unless prohibited* tipico dei Paesi di transito e si concentra particolarmente sulla lotta all'importazione illecita di beni culturali in Svizzera, prevedendo azioni di rimpatrio verso il Paese d'origine che nel tempo hanno avuto conseguenze positive in materia di restituzioni volontarie.¹⁴

La LTBC, contrariamente al Codice dei beni culturali italiano, tiene conto dell'eventualità di un acquisto *a non domino* di beni culturali appartenenti alla Confederazione, prevedendo all'art. 3 che, se iscritti all'Elenco federale, essi non possano essere acquistati né per usucapione né in buona fede. Per di più, l'esportazione definitiva dal territorio svizzero è vietata e il diritto alla riconsegna imprescrittibile.

Ai Cantoni rimane la facoltà di dichiarare che i beni culturali iscritti nei loro elenchi non possano essere acquistati né per usucapione né in buona fede e che il diritto alla loro riconsegna sia imprescrittibile. Tuttavia tali elenchi sono ancora in stato embrionale, dal momento che l'ordinanza sull'Elenco federale dei beni culturali è entrata in vigore soltanto il 1° luglio 2014 e ha ad oggetto un numero molto ristretto di beni. Per l'esportazione di questi ultimi, conformemente all'art. 5, è necessaria un'autorizzazione per l'esportazione da parte del Servizio specializzato, ottenibile a patto che detta esportazione sia temporanea e che avvenga a scopo di ricerca, conservazione, esposizione o per motivi analoghi. È prevista inoltre la fa-

¹⁵ M.A. RENOLD, *Le droit de l'art et des biens cultures en Suisse : questions choisies*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. II, 2010, p. 147.

coltà per il Consiglio federale di concludere accordi bilaterali che stabiliscano regole specifiche in termini di scambi di beni culturali (art. 7) o di prendere provvedimenti limitati nel tempo che vincolino, limitino o vietino importazione, transito ed esportazione di beni culturali per un periodo limitato di tempo (art. 8 cpv. 1a).

Notevole è l'obbligo di diligenza esplicitamente imposto a persone operanti nel commercio d'arte e nelle aste pubbliche, previsto dall'art. 16 – e di cui si tratterà dettagliatamente al Capitolo IV –. Si può notare, subito, che il trasferimento dei beni culturali è condizionato alla presunzione, sulla base delle circostanze, che questi non siano stati rubati o andati persi contro la volontà del proprietario, rinvenuti con scavi illeciti o esportati illecitamente.

Il regime svizzero in materia di circolazione di beni culturali, per quanto molto più permissivo di quello italiano, mostra tratti di modernità nell'efficace integrazione dei testi internazionali, nella semplificazione della normativa e, come si illustrerà al Capitolo III, nell'utilizzo dello strumento delle convenzioni bilaterali per salvaguardare il patrimonio culturale elvetico e internazionale.

2.3. *I beni culturali nell'ordinamento inglese*

Il Regno Unito si trova in una posizione preminente nel commercio internazionale di beni culturali, tanto che nel 1999 si è aggiudicato il 26 per cento del mercato globale e ha totalizzato 629 milioni di sterline di ricavi in esportazioni.¹⁶ Per questo motivo, il governo britannico si è occupato nell'ultima decade di prendere misure volte a favorire il commercio legale di opere d'arte, dal momento che si tratta di una fonte senz'altro benefica per l'economia dell'intera nazione.¹⁷

Il sistema legislativo inglese non contiene una nozione unica di bene culturale: a seconda del tipo di norma presa in considerazione è necessario determinare se l'oggetto in questione sia qualificabile come tale. Nello specifico contesto della circolazione dei beni culturali, il *Dealing in Cultural Object (Offences) Act* del 2003 definisce in maniera ampia il concetto di *cultural object* alla Sezione 2(1), come “un oggetto di interesse storico, architettonico o archeologico”.

¹⁶ Department for Culture, Media and Sport (DCMS) (2001) *Creative industries mapping document 2001*, cit. da *Market Tracking International (MTI), 2000: The Art and Internet Report*.

¹⁷ J. ULPH, op. cit. p. 9.

Questo testo legislativo ha introdotto delle nuove fattispecie perseguibili penalmente che consistono sostanzialmente nel commercio di beni culturali rubati o rimossi della cui illecita provenienza il venditore è a conoscenza o sospetta.¹⁸

Per quanto riguarda l'esportazione di beni culturali in generale, l'*Export of Objects of Cultural Interest (Control) Order*, emanato dal *Secretary of State* nel 2003, si rifà alla nozione di *cultural goods*, rinviando alla definizione contenuta nel Regolamento CE 3911/92 sull'esportazione di beni culturali. Quest'ultimo include nel lungo elenco di beni anche "immagini e dipinti eseguiti interamente a mano con qualunque mezzo e su qualunque materiale", nonché "incisioni originali, stampe, serigrafie e litografie con le loro rispettive targhe [...]".

Il regime vigente nel sistema inglese prevede una *Open General Export Licence*, che consente di esportare solo determinati beni, valida per un elenco ristretto, fra cui in particolare "(h) qualunque dipinto ad olio o a tempera (ad esclusione di qualunque dipinto di un personaggio storico britannico [...]) il cui valore sia inferiore a £180.000" e "qualunque ritratto o altro articolo che consiste o che include la rappresentazione dell'immagine di qualunque personaggio storico britannico (realizzato tramite una tecnica che non sia fotografia e all'esclusione delle monete), il cui valore sia inferiore a £10.000".

Vige al contrario un divieto di esportazione temporanea o definitiva di oggetti d'interesse culturale che superano un certo valore o una certa "età", salvo l'ottenimento di una licenza (*licence*) rilasciata dal *Secretary of State*. Le domande di esportazione, inoltrate all'*Export Licensing Unit* dell'*Arts Council*, sono per la grande maggioranza accolte e si fondano su un apprezzamento da parte del *Reviewing Committee on the Export of Works of Art and Objects of Cultural Interest*, che valuta se l'oggetto possa essere considerato di "importanza nazionale" (*national importance*) in funzione dei cosiddetti *Waverly criteria*.¹⁹

1. [L'oggetto] è così strettamente legato alla nostra storia e vita culturale che la sua perdita costituirebbe una disgrazia?
2. È di eccezionale importanza dal punto di vista estetico?

¹⁸ *Dealing in Cultural Object (Offences) Act 2003*, C. 27, sez. 1, sottosez. 1.

¹⁹ Sito web dell'*Arts Council of England*, <http://www.artscouncil.org.uk/export-controls/export-licensing>, 27 febbraio 2017.

3. È di eccezionale rilevanza per lo studio di qualche particolare branca dell'arte, dell'istruzione o della storia?

Nel caso in cui un oggetto venga riconosciuto dal comitato come d'importanza nazionale, la *licence* è sospesa per un periodo di tempo durante il quale un'offerta concorrente (*matching offer*) a un equo prezzo di mercato (*fair market price*) può essere formulata da un'istituzione pubblica britannica o da un acquirente privato che si impegni a mantenere l'oggetto in Regno Unito e di garantirne la pubblica fruizione. Nel caso in cui nessuna offerta sia formulata, la licenza di esportazione viene comunque rilasciata alla fine del periodo di rinvio.²⁰

Anche il sistema britannico si rivela, in linea generale, flessibile rispetto alla circolazione di beni culturali in entrata e in uscita del territorio, dal momento che l'ordinamento impone soglie di valore di un'opera d'arte particolarmente alte prima di sottoporla ad autorizzazioni (*licenses*). Si noti tuttavia che il sistema britannico delle *licences* vale soltanto nei confronti delle esportazioni all'interno dell'Unione Europea, al di fuori della quale valgono soglie inferiori imposte dalla Commissione europea,²¹ non analizzate in questa sede.

Definire la nozione di “bene culturale” distinguendola da quella di opera d'arte nei diversi ordinamenti nazionali si rivela dunque essenziale per determinare il regime giuridico a cui un determinato bene mobile corporale rimesso è assoggettato.

A un primo sguardo comparatistico, si può notare che la circolazione dei beni culturali si trova fortemente limitata nell'ordinamento italiano, in cui la regolamentazione è particolarmente severa e raramente ammette l'alienazione di un'opera considerata di particolare interesse storico-artistico. Al contrario, il modello inglese cerca un punto di equilibrio: da una parte, non volendo ostacolare la circolazione sul mercato di beni culturali, essenziale allo sviluppo economico del Paese, favorisce ampiamente il sistema di *export licensing*. Dall'altra ha avuto

²⁰ B. BOESCH, M. STERPI (a cura di), *The Art Collecting Legal Handbook*, Thomson Reuters New York, 2016, p. 112.

²¹ W. BENNETT, *Art sales: Export Licences in The Telegraph online*, <http://www.telegraph.co.uk/culture/art/3586212/Art-sales-export-licences.html>, 25 novembre 2002 (consultato il 27 febbraio 2017).

luogo un potenziamento della legge penale in materia, volta a ridurre le quote del mercato illecito.

Infine il modello svizzero, per quanto volto anch'esso a favorire la circolazione dei beni culturali – fatto salvo un'esigua quantità di oggetti – ha seguito una politica favorevole alla conclusione di accordi bilaterali che vincolano la circolazione di specifiche categorie di beni.

3. *La nozione di bene culturale nella Convenzione UNESCO 1970 e nella Convenzione UNIDROIT 1995*

La Convenzione UNESCO sulle misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali del 1970 e la Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 1995 sono due testi fondamentali per quanto riguarda la restituzione internazionale di beni culturali rimossi.

L'art. 1 della Convenzione UNESCO si riferisce alla nozione di “*cultural property*” come “*property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science*”, e che appartenga a una delle undici categorie elencate dallo stesso art. 1. Essendo la Convenzione UNESCO applicabile solo alle domande di restituzione mosse da Stati, essa è stata fondata su una logica di azione da parte dei governi nazionali, il che giustifica una definizione restrittiva fondata sulla qualificazione nazionale di un oggetto come bene culturale. Il termine *cultural property* può quindi essere assimilato a quello di bene culturale alla luce del diritto interno a ciascuno Stato.

La Convenzione UNIDROIT si situa invece sul piano del diritto privato, aprendo rimedi a qualunque individuo che si trovi derubato di un bene culturale in suo possesso. La definizione di “*cultural object*” di cui all'art. 2 della Convenzione prescinde dall'intervento dei legislatori nazionali: essa non si limita ai soli beni identificati e classificati dai singoli ordinamenti statali come meritevoli di una speciale tutela da parte dei pubblici poteri, ma ad una più ampia categoria di *res corporali e mobili*, che siano “importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la

letteratura, l'arte o la scienza” e che rientrino in una delle undici categorie elencate nell’Allegato alla Convenzione (identiche a quelle della Convenzione UNESCO).

Come si cercherà di chiarire nei dettagli nel Capitolo III, il fatto che un bene illecitamente rimosso rientri in una delle categorie previste dalla Convenzione UNESCO e dalla Convenzione UNIDROIT comporta la possibilità di ottenerne la restituzione attraverso particolari meccanismi.

4. *Conclusioni*

Alla luce del ragionamento finora condotto, è possibile pervenire a una tripla distinzione fra opere d’arte di proprietà privata. Alcune opere d’arte rientrano in specifiche categorie di diritto interno e sono quindi qualificabili come beni culturali: ne consegue che la loro alienazione potrà subire vincoli imposti dal diritto interno stesso (spazianti dall’inalienabilità al diritto di prelazione da parte delle autorità pubbliche) o da convenzioni internazionali bi o multilaterali.

Altre opere d’arte non rientrano nella categoria di diritto interno che andrebbe a qualificarle come beni culturali, ma in virtù del loro valore storico-artistico possono essere comunque oggetto di convenzioni internazionali in materia, come la Convenzione UNIDROIT o le convenzioni sulla restituzione di beni confiscati dai nazisti durante la seconda guerra mondiale.

Infine, certe opere d’arte non rientrano nella categoria di diritto interno o internazionale che le qualificherebbe come “beni culturali”: pertanto sono sottoposte al regime di circolazione di diritto comune valido per i beni mobili corporali, fatte salve specifiche regolamentazioni.

Scartate dunque le ipotesi prima illustrate in cui l’intervento della Pubblica Amministrazione influisce sulle regole di circolazione di alcuni beni, è sulle ultime due categorie che si concentrerà l’analisi sulla trasmissione del diritto di proprietà sulle opere d’arte, con particolare riguardo all’istituto del possesso e ai casi di acquisto *a non domino*.

Sezione II

Alla base della restituzione: proprietà e possesso

Restituer significa in diritto reinstaurare la situazione precedente a un evento legalmente inaccettabile.²² La stessa etimologia dell'equivalente tedesco *Wiederherstellung* suggerisce, attraverso il prefisso “*wieder*”, il ritorno allo *status quo ante*.

Il termine “restituzione” concerne azioni tipiche del diritto civile le cui modalità dipendono dal sistema giuridico di riferimento e che sono caratterizzate dall'intento di rimettere il proprietario originale di un bene nella situazione precedente alla rimozione illecita di questo.

Gli strumenti giuridici atti a consentire la restituzione di opere d'arte rubate, così come la prassi giudiziaria in materia, si fondano sulle nozioni di proprietà e possesso, fondamentali nella circolazione di qualsivoglia bene mobile corporale. Nel quadro delle azioni di restituzione è infatti indispensabile determinare se l'acquirente di un bene abbia ottenuto un titolo valido dal venditore e, in caso contrario, se la sua situazione in quanto possessore possa vedersi tutelata o meno dall'ordinamento giuridico. Pertanto, è necessario intraprendere una riflessione dettagliata sullo stretto rapporto che intercorre fra le due nozioni.

1. *Le origini delle nozioni di proprietà e possesso*

Nonostante gli sforzi da parte della dottrina di fornire una definizione esauritiva del termine, la nozione di “possesso” rimane aperta a una varietà di interpretazioni che la rendono difficile da generalizzare.

Alice E. S. Tay ne ha proposto una definizione di massima: “Il possesso è il controllo presente di un oggetto, per conto proprio e ad esclusione di chiunque altro”.²³

²² W.W. KOWALSKI, *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, L'Aja 2001, p. 24.

²³ L.B. CURZON, P. RICHARDS (a cura di), *The Longman Dictionary of Law*, Longman, London, 2007, p. 446, “Possession is the present control of a thing, on one's own behalf and to the exclusion of all others”.

L'utilizzo del termine *thing* per designare l'oggetto del possesso rinvia alla natura fattuale di quest'ultimo: il possesso è infatti un istituto che affonda le sue radici nel rapporto dell'uomo con il mondo circostante e che nella prassi ha acquisito importanza con riferimento sia alla sua disciplina sia alla sua tutela.²⁴

Il potere di fatto esercitato su un bene materiale si traduce in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, nonostante il possessore non ne detenga necessariamente la titolarità. Ne consegue che talvolta il possessore compie atti di alienazione su un bene che non gli appartiene, consapevole o inconsapevole di non esserne proprietario.

Si pone dunque il problema di determinare se l'ordinamento giuridico debba andare a tutelare l'acquirente di tale bene o il proprietario, unico detentore di un titolo sul bene alienato dal possessore. Le soluzioni offerte dai sistemi giuridici contemporanei in Italia, Svizzera e Regno Unito sono il frutto di riflessioni legate alla *forma mentis* dei popoli che le hanno elaborate e riflesso delle loro culture. Possono dunque essere ricondotte alla distinzione fra il ceppo romanistico, germanistico o di *common law*. Il corpo di regole proprio di ognuno di questi sistemi lascia trasparire concezioni diverse del rapporto fra proprietà e possesso.

Gli stessi termini utilizzati nel linguaggio giuridico (proprietà, *property*, *Eigentum*) non si sovrappongono perfettamente: gli ordinamenti di *common law* hanno una concezione molto più ampia della proprietà, intesa come l'insieme dei rapporti inerenti al patrimonio di un individuo²⁵; quelli di origine germanica presumono il diritto di proprietà in capo al possessore; quelli che hanno conservato la matrice romanistica considerano la proprietà come assoluta e indipendente dal bene corporale.

La scissione fra le nozioni di proprietà e possesso, pertanto, si pone all'origine di uno scontro nel quadro della tutela di posizioni soggettive di tipo privatistico e, più specificamente, di tipo commerciale.²⁶

²⁴ L. BREGANTE, *Le azioni a difesa della proprietà e del possesso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 5.

²⁵ G. PUGLIESE, *Property*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIV, Roma, 1990.

²⁶ L. BREGANTE, *op. cit.*, p. 6.