

Gli effetti concreti della International Soft Law on Nazi Confiscated Art tra diritto internazionale e diritto internazionale privato

Bernardo Cortese¹

1. Premessa

“Mottel troncò gli indugi. Corse alla catasta, raccolse un pezzo di carbone, e scrisse sull’intonaco bianco della villa cinque grosse lettere ebraiche: VNTNV

-Che cosa hai scritto? - chiese Piotr

-«V'natnu», «Ed essi restituiranno». Lo vedi, si legge da destra a sinistra e da sinistra a destra: vuol dire che tutti possono dare e tutti possono restituire²”.

È particolarmente suggestivo cominciare una riflessione giuridica sul tema dell’arte depredata dai nazisti con una citazione da *Se non ora, quando?* di Primo Levi. In quel passaggio c’è infatti, evidente, il richiamo testuale alla *restituzione*. Insieme c’è però, forte, il *riconoscimento* della tradizione ebraica: profilo chiave di una giustizia “restitutiva” che risponda al diniego della dignità insito nel disegno genocida, in cui la questione delle spoliazioni deve necessariamente (anche se non esclusivamente) iscriversi. C’è, ancora, il richiamo alla *pluralità (diversità)* delle storie (personali e sociali) che finiscono nell’orrenda rete della Shoah: gli ebrei delle varie tradizioni, orientali ed occidentali; gli ebrei praticanti e quelli non praticanti, sino agli atei di discendenza ebraica. Tutti costoro furono allora forzati in un’identità imposta dai persecutori e accettata dagli indifferenti, che diventò così tragicamente reale non solo nella persecuzione, durante il dominio nazifascista d’Europa, ma anche nell’assenza di risposta, frutto di quella stessa, perdurante indifferenza, dopo la fine della guerra.

Quell’unità di persecuzione ed indifferenze richiede, ora, un’unità di risposta, seppur tardiva. Poiché però il fenomeno di cui ci si occupa fu, in realtà, complesso e multiforme e non fu il solo a vedere, in un quadro di crimine internazionale perpetrato dalle forze nazifasciste, una colossale opera di spoliazione di beni artistici, pure la risposta, seppur complessivamente unitaria, dovrà in qualche modo tener conto anche dei profili di diversità.

2. Inquadramento e piano del lavoro

Dell’unità e diversità dei fenomeni relativi alla c.d. *Nazi Confiscated Art* si deve dunque tener conto nella costruzione dei *percorsi di restituzione* rilevanti nel contesto giuridico.

Perché di questo si tratta, quando si parla di restituzione: di definire percorsi, variamente delineati e delineabili, in relazione a situazioni dotate di caratterizzazioni giuridiche differenziate già nel

¹ Ordinario di diritto dell’Unione europea nell’Università di Padova. Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario – Scuola di Giurisprudenza. E-mail: bernardo.cortese@unipd.it.

² Primo Levi, *Se non ora, quando?*, Torino, Einaudi, 1982, p. 165. Per la contestualizzazione di questa ed altre citazioni talmudiche, bibliche o cabbalistiche nel primo romanzo di Levi, v. T. Agovino, *Se non ora, quando?* Citazioni talmudiche e bibliche nell’opera di Primo Levi, in di G. Baldassarri *et al.*, a cura di, *I cantieri dell’italianistica*, Roma, AdI editore, 2016, p. 6 del manoscritto accessibile on line al sito [https://www.italianisti.it/publicazioni/atti-di-congresso/i-cantieri-dellitalianistica-ricerca-didattica-e-organizzazione-agli-inizi-del-xxi-secolo-2016/AGOVINO\(2\).pdf](https://www.italianisti.it/publicazioni/atti-di-congresso/i-cantieri-dellitalianistica-ricerca-didattica-e-organizzazione-agli-inizi-del-xxi-secolo-2016/AGOVINO(2).pdf) (visto nel gennaio 2021), che ne colloca l’origine nella tradizione cabbalistica; v. però anche T. Pepe, *Sopra un oceano dipinto di parole: fasi e prospettive della sperimentazione plurilingue in Primo Levi, Carte italiane*, 10, 2015, pp. 61-87, p. 77, che ne colloca invece l’origine della frase in un verso dell’Esodo (30, 12): “Quando farai il conto dei figli d’Israele, per il loro censimento, ognuno di essi restituirà all’Eterno il riscatto della propria vita”.

diritto internazionale³, che acquisiscono ulteriore complessità nel percorso verso una giustizia individuale. È questo che spiega anzitutto la natura *soft* (giuridicamente non vincolante) ed il contenuto aperto, se non vago, dei principi internazionali che si sono sviluppati in materia a partire dalla fine dello scorso millennio, avendo come momento di cristallizzazione i *Principles on Nazi-Confiscated Art* del 1998.

E però non ci si può fermare alla constatazione di una tendenziale non vincolatività di quei principi, considerati in sé.

È la stessa complessità delle vicende di spoliazione legate al disegno genocida antiebraico nazi(fasci)sta – insieme ad ulteriori elementi di complessità dei più ampi fenomeni storici di spoliazione di opere d'arte del periodo di dominio nazista su buona parte dell'Europa continentale, di cui si dirà oltre – ad imporre uno sforzo con cui si provi a ...diradare la nebbia diffusa ed uniformatrice del *soft law*, per scoprire alcuni corpi *solidi* di diritto internazionale, destinati a scavarsi una via anche nei diritti interni, anche grazie ad una dimensione *narrativa* di quei Principi. Qui di seguito cercherò allora di sviluppare alcuni ragionamenti a partire da un'analisi testuale e sistematica dei *Washington Principles* (parr. 3 e 4) per delinearne il complesso (ed in parte incerto) ambito di applicazione (parr. 5-10) ed in seguito esplorarne il contenuto, in relazione ai diversi gruppi di indicazioni e alle varie categorie di destinatari cui quelle si rivolgono (parr. 11 e seguenti). Giungeremo in tal modo ai quattro principi finali, quelli che più direttamente interessano al giurista per occuparsi di controversie e della loro soluzione (parr. 14-17), cercando infine di concludere (parr. 18 e seguenti) con una rilettura sistematica di alcune recenti decisioni giurisdizionali (parr. 19-21) ed un tentativo di sintesi dei risultati di quest'analisi (par. 22, conclusioni).

3. La *Washington Conference on Holocaust Era Assets* ed i *Principles on Nazi-Confiscated Art*

I *Principles on Nazi-Confiscated Art* costituiscono il riferimento principale, anche se non esclusivo⁴, dei ragionamenti condotti nell'ambito della c.d. *international soft law* sulla restituzione delle opere d'arte depredate durante il periodo nazifascista. Quei Principi furono adottati per *consensus* dalla *Washington Conference on Holocaust Era Assets*, organizzata nel dicembre 1998 dal Dipartimento di Stato del Governo degli Stati Uniti d'America a Washington. La *Washington Conference* fu caratterizzata da una partecipazione trasversale, ad un tempo internazionale e transnazionale: affianco alla partecipazione di delegazioni statali⁵, fu notevole quella di organizzazioni non

³ Dovendosi a certi fini distinguere quelle situazioni di fatto per cui rilevi la "sola" qualificazione di crimini contro l'umanità, legata al disegno genocida, rispetto a quelle in relazione alle quali si aggiunga l'ulteriore qualificazione di crimini di guerra, per la contestuale violazione delle regole del diritto internazionale sul trattamento delle popolazioni civili durante un conflitto, o nel regime di occupazione bellica. Se ne veda la discussione in B. Cortese, *La restituzione dei beni d'arte spoliati agli ebrei nella persecuzione nazifascista, tra diritto internazionale e diritto interno, Il Diritto Ecclesiastico*, vol. 1-2 2018 (recte: 2019), pp. 123-158, in partic. alle pp. 127-131.

⁴ Anche qui mi permetto di rinviare al mio scritto da ultimo citato, p. 134 s. per primi riferimenti agli altri strumenti di *soft law* rilevanti in materia.

⁵ Gli Stati partecipanti alla Conferenza furono 44. Tra questi, in ordine alfabetico secondo la denominazione in lingua inglese, utilizzata nei lavori della Conferenza: Albania, Argentina, Australia, Austria, Bielorussia, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Brasile, Bulgaria, Canada, Croazia, Cipro, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Israele, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Regno Unito, Stati Uniti d'America, Uruguay. La Santa Sede partecipò in qualità di osservatore.

governative ebraiche e non solo⁶, ma anche la presenza, in qualità di osservatori, di istituzioni museali e culturali⁷ case d'aste⁸, assicurazioni⁹.

Non è inutile riportare qui il testo dei Principi adottati in quell'occasione, compreso il loro Preambolo.

Ciò anzitutto poiché si tratta di un testo non solo politico, ma anche eminentemente giuridico, cosicché un'interpretazione di quei Principi dovrà basarsi sulla consueta metodologia cui si affida l'interpretazione dei testi giuridici internazionali. Assumendo qui come riferimento meramente *analogico* i principi del diritto internazionale generale in materia di interpretazione dei trattati, la lettura dei *Washington Principles* dovrà dunque essere insieme testuale (letterale) e sistematica (interna al testo, ma anche estesa al suo contesto)¹⁰.

Riprodurre qui il testo serve però anche ad un'altra finalità: poiché le indicazioni contenute nei *Washington Principles* non esauriscono affatto, come si vedrà, il loro obiettivo nell'indirizzarsi agli Stati, ma intendono invece raggiungere tutti i possibili soggetti – pubblici e privati – coinvolti in questioni di restituzione, credo sia *pedagogicamente* coerente con il loro obiettivo discuterne, qui, solo dopo aver lasciato che siano le parole con cui sono stati scritti a parlare da sole.

In developing a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-confiscated art, the Conference recognizes that among participating nations there are differing legal systems and that countries act within the context of their own laws.

- 1. Art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted should be identified.*
- 2. Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives.*
- 3. Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.*
- 4. In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era.*
- 5. Every effort should be made to publicize art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted in order to locate its pre-War owners or their heirs.*
- 6. Efforts should be made to establish a central registry of such information.*
- 7. Pre-War owners and their heirs should be encouraged to come forward and make known their claims to art that was confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.*

⁶ Le ONG partecipanti alla Conferenza furono 13: American Gathering of Jewish Holocaust Survivors, American Jewish Committee; American Jewish Joint Distribution Committee; Anti-Defamation League; B'nai B'rith International; Conference on Jewish Material Claims Against Germany; European Jewish Congress; European Council of Jewish Communities; National Association of Insurance Commissioners - International Holocaust Commission Task Force; International Romani Union; World Jewish Congress; World Jewish Restitution Organization, Yad Vashem.

⁷ Tra questi la Smithsonian Institution, il Museum of Modern Art e la National Gallery of Art statunitensi e la Association of American Art Museum Directors.

⁸ Tra queste Christie's e Sotheby's.

⁹ Tra cui Allianz, RAS e Generali.

¹⁰ Basti qui richiamare l'indicazione contenuta all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, ai sensi del quale, "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose". Senza alcuna pretesa di completezza si rinvia inoltre all'ampio studio di R.K. Gardiner, *Treaty interpretation*, 2. Ed., Oxford, 2015, spec. p. 161 ss.

8. *If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.*

9. *If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis, or their heirs, cannot be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution.*

10. *Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership.*

11. *Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues.*

4. I *Washington Principles* quale *international soft law*

Ma cosa sono questi principi? Qual è il loro significato giuridico, anzitutto a livello di diritto internazionale? Una risposta a questo interrogativo richiede un minimo di contestualizzazione.

Anzitutto, si deve osservare che un contesto come quello della *Washington Conference on Holocaust Era Assets* non è di per sé strutturalmente inadeguato a produrre nuovo diritto – *hard law* internazionale. A ciò non ostano né la composizione *mista* della conferenza, né la modalità di *consensus* tra attori eterogenei con cui essa ha operato.

Il fatto cioè che siano presenti, su un piede di parità, Stati e gruppi di individui organizzati in ONG, e che quei partecipanti convergano nell'adozione di un testo che non è sottoposto ad un voto, ma adottato dal *chair* in assenza di opposizioni, pur appearing a prima vista alieno tanto alle procedure legislative tipiche dei sistemi statuali, quanto alle solenni forme in cui si esprimono normalmente gli Stati in accordi internazionali, non esclude che in quella sede e in quei modi si possa comunque creare *vero* diritto internazionale, capace di obbligare gli Stati a tenere una certa condotta (*hard law*, appunto).

Il diritto internazionale – ciò va forse rammentato in un contesto di studi interdisciplinari – è un contesto in cui i soggetti primari (gli Stati) operano modifiche del quadro normativo esistente in due modi principali: l'accordo e la consuetudine. La libertà delle forme in cui si esprime un accordo è però uno degli assunti fondamentali di una "comunità internazionale" ancora strutturalmente amorfa e quindi di un diritto in cui la dimensione "pubblicistica" (o *constitutional*) rimane un lontano auspicio. Allo stesso modo, la forma con cui si può esprimere una *opinio iuris sive necessitatis*, attorno a cui si cristallizzi poi una prassi capace di confermare l'esistenza di una norma del diritto internazionale generale, non è affatto predeterminata.

Ciò che è decisivo in entrambi i casi è il *contenuto* dell'affermazione di volontà, per potersi ricostruire un vincolo pattizio, o della constatazione di una necessità, per potersi individuare una consuetudine (in formazione).

Ebbene, i *Washington Principles* non esprimono né una volontà di obbligarsi da parte degli Stati partecipanti, né una constatazione di un dovere che si imporrebbe alla generalità degli Stati.

In tal senso depone anzitutto il Preambolo, che si riferisce alle previsioni seguenti come "non-binding principles".

e ne definisce la natura di strumenti destinati meramente ad "assist in resolving issues" legate ai beni d'arte confiscati dai Nazisti ("Nazi-confiscated art").

Che l'ambizione sia è confermato dalla scelta della Conferenza, espressa sempre nel Preambolo, di definire la funzione dei Principi come meramente accessoria, in un contesto per di più delineato in

modo vago e ricorrendo a termini non impegnativi: i Washington Principles sono infatti destinati ad “assist in resolving issues” legate ai beni d’arte confiscati dai Nazisti. Non si fa dunque neppure specifico riferimento ad un loro operare in relazione a controversie (*disputes, claims*), internazionali od interne che siano, limitandosi al ben più neutro termine di *issues*.

Tutti questi dati, affiancati al “riconoscimento”, contenuto in quello stesso Preambolo, che “countries act within the context of their own laws”, ne manifestano la natura di mere raccomandazioni, linee guida destinate ad operare, per di più, in via mediata: attraverso, cioè, le misure che in concreto adotteranno gli Stati direttamente coinvolti nelle questioni di restituzione, tramite l’adozione di meccanismi interni.

Ciò detto da un punto di vista generale, è estremamente utile scendere nel dettaglio di quei principi, per poterne apprezzare più specificamente la portata, nonché per individuare altre possibili strade attraverso cui giungere a riconoscere effetti più pregnanti, anche in relazione ai diversi soggetti chiamati ad agire per ...risolvere le questioni connesse a quei beni.

5. L’ambito di applicazione dei *Washington Principles*

Prima di analizzare i contenuti dei *Washington Principles*, è utile fare alcune premesse quanto alla definizione del loro ambito di applicazione.

Il primo punto da chiarire riguarda il riferimento alle opere d’arte *confiscate dai Nazisti*, contenuto tanto nel Preambolo quanto nel testo dei Principi. Questa dizione include, potenzialmente, un plurimo ordine di limitazioni, o incertezze. La prima è insita nel riferimento alla “confisca” di quei beni, quando si tratta di delimitare per quali sottrazioni di beni d’arte i Principi siano rilevanti. La seconda si trova nella identificazione degli autori di quelle sottrazioni nei “Nazisti”. Rimane aperta inoltre la questione di chi siano le vittime cui si riferiscono i Principi, in quanto quella nozione non risulta espressamente ed univocamente chiarita nel testo adottato dalla Conferenza.

6. Segue: a) La “confisca”

Cominciamo dunque dal primo dei profili problematici ora enunciati. Parlando di *confiscated (art)* si utilizza un termine che rischia di vedersi attribuire una connotazione restrittiva in relazione alle vicende (atti o fatti) che hanno interessato, nel periodo storico rilevante, i beni d’arte in questione ed alle quali si ricollegano gli “impegni” raccomandati nei principi.

Il termine confisca, infatti, appare riferirsi, in prima battuta almeno, ad un atto amministrativo, sia pur eventualmente adottato con modalità semplificate in periodo bellico, con cui autorità pubbliche privano i titolari dei diritti sui beni cui si riferisce la confisca.

Rientrano allora in questo quadro senza dubbio quegli atti di spoliazione formalizzati in un provvedimento prefettizio di confisca o sequestro, come quelli emanati durante l’occupazione nazista dell’Italia centro-settentrionale dalle autorità collaborazioniste¹¹.

Tuttavia, una lettura del termine “confisca” che tenga adeguatamente in conto il contenuto del Principio 4¹² impone di non considerare quel riferimento in modo restrittivo. Se è necessario tener conto delle “circostanze” del periodo nazista e dell’“ambiguità” della provenienza determinata da quelle circostanze, non ci si può certo limitare alle ipotesi di formale confisca. Ad esempio, è possibile far rientrare senza eccessive difficoltà nella nozione di confisca le decisioni con cui si attribuì all’*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* il potere di appropriarsi delle opere e collezioni

¹¹ Come nelle vicende dei dipinti delle collezioni *Loeser* e *Perkins* oggetto delle decisioni discusse *infra*, al par. 19.

¹² Di cui si dirà *infra*, par. 12.

“abbandonate” dai “nemici del Reich” fuggiti dalla Francia al momento della sua occupazione da parte delle truppe tedesche¹³.

Nondimeno, rimane complesso definire l’esatta estensione dei Principi, già in relazione a questa nozione.

Che ne è, nel contesto dei *Principles*, delle situazioni di saccheggio, perpetrato al di fuori di una benché sommaria formalizzazione e dunque estraneo al preteso esercizio di un’ autorità pubblica?

Che ne è, ancora, delle situazioni in cui appare esservi un formale negozio di alienazione, ma quel negozio è posto in essere (o il suo contenuto determinato) sotto la minaccia di gravi conseguenze in caso di resistenza alle richieste del compratore, riferibile al potere nazista¹⁴?

Che ne è, infine, delle situazioni in cui il negozio dispositivo interviene a favore di una parte che non sfrutta direttamente l’intimidazione legata alla minacciata persecuzione, ma approfitta consapevolmente dello stato di bisogno e paura del venditore, che da quella persecuzione è determinato?

In questi come in altri ambiti dubbi sarà necessaria una duplice attenzione, per evitare di dare alla nozione di confisca – e dunque all’ambito di applicazione dei Principi – letture troppo restrittive.

Anzitutto sarà necessaria una lettura complessiva di quei Principi: in quest’esercizio l’interprete dovrà farsi guidare dall’obiettivo di dare alle “questioni” di restituzione di beni d’arte depredati una soluzione ispirata ad *equità*, come traspare non solo dall’espresso tenore dei Principi 8 e 9¹⁵, ma più in generale dall’intero impianto (sistematica) dei *Washington Principles*, alla luce degli obiettivi della *Washington Conference*. In ogni caso, in quei casi non si potrà fare riferimento soltanto dai Principi. In secondo luogo, è nel più ampio contesto del diritto internazionale rilevante in materia che si potranno trovare indicazioni ermeneutiche – o, senz’altro, principi normativi – capaci di guidare la ricerca di soluzioni che non si appiattiscano sul formale del principio di stabilità delle situazioni giuridiche. Quel principio – quale che ne sia la denominazione nel singolo sistema - è, in effetti, un punto di riferimento pressoché ineludibile virtualmente in tutti gli ordinamenti giuridici statali coinvolti nella gestione di questioni relative al controllo di beni sottratti ai loro proprietari, o iniquamente distratti dal loro controllo, decenni or sono.

7. b) I “Nazisti”

Venendo ora al secondo elemento problematico nella determinazione dell’ambito di applicazione dei *Washington Principles*, rischia di ricevere un’interpretazione restrittiva anche il riferimento agli autori di quelle “confische”. Il testo dei Principi si riferisce, come detto, ad un gruppo di autori (i *Nazisti*) l’appartenenza al quale, se non provoca alcuna difficoltà nell’equazione ad esso di qualsiasi esponente non solo del NSDAP, ma di qualsiasi organo del *deutsches Reich*, sembrerebbe voler escludere dal quadro di operatività dei Principi le azioni compiute da autorità collaborazioniste di Stati occupati od asserviti. Possono considerarsi atti commessi da *altri* rispetto ai nazisti le spoliazioni compiute dai collaborazionisti della Repubblica Sociale Italiana, dal governo o dalle

¹³ Cfr. D. E. Collins, H. P. Rothfeder, The Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg and the Looting of Jewish and Masonic Libraries during World War II, *The Journal of Library History*, 18, 1, 1983, pp. 21-36.

¹⁴ Per la descrizione dell’attività di collezionismo di alcuni membri dell’élite nazista cfr. J. Petropoulos, Not a Case of “Art for Art’s Sake”: The Collecting Practices of the Nazi Elite, *German Politics & Society*, 32, 1994, pp. 107-124. Sul ruolo dei mercanti d’arte in quell contesto, Id., Art Dealer Networks in the Third Reich and in the PostWar Period, *Journal of Contemporary History*, 52, 2017, pp. 546-565.

¹⁵ Su cui *infra*, par. 14.

milizie di Vichy in Francia¹⁶, o ancora dagli *Ustascia* in Croazia¹⁷, dal governo delle Croci Frecciate ungheresi¹⁸ o dal governo del Partito Hlinka e dalla Guardia Hlinka in Slovacchia¹⁹?

Che dire poi degli Stati fedeli alleati e seguaci della criminale politica genocida, di cui non si possa affermare la natura di governi fantoccio? Deve considerarsi questione diversa da quella affrontata dai *Washington Principles* la restituzione delle spoliazioni compiute tra il 1940 e il 1941 nella Romania dello Stato Nazionale Legionario e della Guardia di Ferro²⁰? *Quid* della restituzione dei beni depredati agli ebrei dalle autorità bulgare a partire dal 1941²¹, nel territorio del Regno di Bulgaria e, con ancor maggiore spietatezza, nei territori occupati dalla Bulgaria in quanto alleata della Germania nazista²²?

Una risposta a questi interrogativi non può darsi sulla sola base dei *Washington Principles*.

Ovvero, se la si desse su tale limitata base si giungerebbe a conclusioni probabilmente lapalissiane, ma altrettanto probabilmente, poco significative. È scontato infatti che l'uso di una terminologia apparentemente restrittiva si deve alla presenza, tra i partecipanti, di punti di vista molto diversi sull'ampiezza dei problemi da affrontare e alla scelta di procedere all'adozione di un testo tramite il meccanismo procedurale del *consensus*: in tali condizioni, il testo appare redatto nei termini di minima ambizione necessari per non determinare alcuna obiezione da parte dei partecipanti (nella specie, alcune delegazioni statali).

Detto dunque della non casualità dell'uso di una terminologia assai poco incisiva nel definire *quali* situazioni includere nella dichiarazione finale della Conferenza, questo non significa in alcun modo che il problema, tanto in termini di diritto internazionale, quanto in termini di diritti statali, possa per ciò stesso dirsi delimitato in tal modo. I *Washington Principles* non possono, infatti, limitare obblighi di riparazione e di non riconoscimento che discendono dalla violazione di norme di *jus cogens* internazionale, come sono in larga parte quelle rilevanti in questa sede²³.

8. c) ... e le loro vittime

Nei *Washington Principles* rimane inoltre *non detta* la categoria delle vittime, lasciando dunque in qualche misura indefinita, anche da questo punto di vista, la portata delle raccomandazioni espresse dalla *Washington Conference*.

Si trova, certo, la menzione dei "pre-war owners" e dei loro eredi, ai Principi 5, 7, 8 e 9. Tuttavia, se quelle indicazioni ci dicono che le vittime erano... proprietari di beni d'arte che ne hanno perso il

¹⁶ Su cui si veda, anche per ulteriori rimandi, C. Andrieu, *Écrire l'histoire des spoliations antisémites (France, 1940-1944)*, *Histoire@Politique*, 9, 2009, p. 94 ss. Il manoscritto è reperibile on line: <https://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2009-3-page-94.htm> - visto in gennaio 2021.

¹⁷ Cfr. per prime indicazioni il Rapporto dello US Department of State "The JUST Act Report: Croatia", accessibile al sito <https://www.state.gov/reports/just-act-report-to-congress/croatia/>.

¹⁸ Si veda per primo riferimenti il Rapporto dello US Department of State "The JUST Act Report: Hungary", accessibile al sito <https://www.state.gov/reports/just-act-report-to-congress/hungary/>.

¹⁹ Cfr. Y. Jelinek, *Storm-Troopers in Slovakia: The Rodobrana and the Hlinka Guard*, *Journal of Contemporary History*, 6, 3, 1971, pp. 97-119, spec. p. 111 in riferimento alle spoliazioni legate alle deportazioni, affidate ai membri della Guardia.

²⁰ J. Ancel, *La saisie des biens juifs en Roumanie*, (trad. C. Drevon), *Revue d'Histoire de la Shoah*, 2007/1, pp. 379-391.

²¹ Cfr. N. Ragaru, *La spoliation des biens juifs en Bulgarie pendant la seconde guerre mondiale: un état des lieux historiographique*, working paper, in *Questions de recherche*, 48, Paris, Centre de recherches internationales – SciencesPo, 2016, con riferimento ai lavori storiografici di Roumen Avramov (pp. 18 e ss. del manoscritto). Il testo del working paper è accessibile on line: [https://www.sciencespo.fr/cefi/sites/sciencespo.fr/cefi/files/qdr48.pdf](https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr/cefi/files/qdr48.pdf) - visto in gennaio 2021.

²² N. Ragaru, *Nationalizing the Holocaust*, in F. Bajohr, A. Löw (eds.), *The Holocaust and European Societies. Social Processes and Social Dynamics*, London, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 105–126.

²³ Cfr. le osservazioni svolte in B. Cortese, *La restituzione dei beni d'arte...*, cit., p. 126 s.

controllo nel periodo del dominio nazifascista sull'Europa continentale, i Principi non danno indicazioni definitive circa ulteriori caratteristiche di quelle vittime.

Anzitutto, infatti, l'individuazione delle vittime presuppone quella degli autori e degli atti che hanno, rispettivamente, operato e determinato la sottrazione di quei beni ai loro proprietari. Cosicché le soluzioni che si daranno ai quesiti su chi siano i *Nazisti* e su cosa siano le *confische* cui si riferiscono i Principi finiscono per incidere sull'individuazione delle vittime, e dei beni della cui restituzione si tratta.

Oltre a ciò, però, non è del tutto trasparente di quali fenomeni storici di sottrazioni di beni d'arte che videro protagonisti i *Nazisti* i Principi intendano occuparsi.

È necessario dunque soffermarsi su quest'aspetto, per potere in tal modo suggerire un'ipotesi circa l'unitarietà (o invece la complessità) della categoria di vittime di quelle sottrazioni.

9. d) ...le spoliazioni del disegno genocida e quelle del progetto "imperiale" hitleriano

Sono in effetti almeno due gli ambiti possibile oggetto di attenzione dei Principi, tenendo conto sia della realtà storica della depredazione nazista, sia del contesto in cui matura l'elaborazione dei *Washington Principles*.

Da un lato, senza alcun dubbio, la *Washington Conference* si inserisce nel quadro di una rinnovata spinta per la ricerca di un esito... meno iniquo alle questioni di restituzione dei beni trafugati alle vittime dell'Olocausto. Le vittime che i Principi hanno in mente sono dunque, prima di tutto, gli ebrei vittime delle misure di discriminazione prima, ed infine della *Endlösung*, che il disegno genocida dei Nazisti e dei loro alleati in Europa aveva messo in atto a partire dalla metà degli anni '30, interrotto solo dalla progressiva liberazione dei vari territori europei prima in mano nazista e dalla capitolazione del Reich al termine della guerra. Del resto, il Principio 4 contiene un'esplicita menzione dell'*Holocaust era*, così confermando che le vittime del disegno genocida antiebraico sono in prima battuta le vittime delle spoliazioni di beni d'arte cui si riferiscono i Principi.

Dall'altro lato, evidentemente, la *Washington Conference* si occupa anche del più ampio fenomeno di saccheggio del patrimonio culturale dei Paesi occupati dai nazisti, effettuato da questi – nel dispregio del diritto internazionale bellico già allora applicabile – in un'ottica "imperiale" della guerra e nel delirio napoleonico del loro *Führer*.

La radicalità del disegno bellico nazista, infatti, e il consapevole dispregio anche in questo campo dei limiti che il diritto internazionale aveva già allora posto all'uso della forza nelle relazioni internazionali è evidente nel disegno, che presto si palesa, di instaurare un dominio nazista sull'intera Europa (e, attraverso la dimensione del dominio coloniale dei principali nemici, su buona parte del pianeta).

Si tratta, di tutta evidenza, di un progetto imperiale, che tende quindi a superare il diritto internazionale come strumento rilevante per la gestione della coesistenza delle sfere di sovranità statali. In quest'ottica, se le truppe napoleoniche avevano saccheggiato i territori degli Stati italiani conquistati delle opere d'arte più significative, conducendole al Louvre, nel contesto di un diritto internazionale ancora embrionale che non proibiva quel saccheggio e comunque formalizzando quella prassi in alcuni trattati (inequali) conclusi con i vinti²⁴, il disegno nazista era di

²⁴ Sul difficile lavoro diplomatico svolto nel periodo seguente da Antonio Canova per ottenere la restituzione di almeno parte delle collezioni trafugate dalle armate imperiali napoleoniche cfr. E. Jayme, Antonio Canova, la Repubblica delle Arti ed il Diritto Internazionale, *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pp. 889-902; Id., *Antonio Canova als Künstler und Diplomat: zur Rückkehr von Teilen der Bibliotheca Palatina nach Heidelberg in den Jahren 1815 und 1816*, Heidelberg: Universitätsbibliothek Heidelberg, 1994, pp. 1-40, anche digitalizzato in <https://doi.org/10.11588/diglit.51704>; più estesamente sul tema in una prospettiva che va dal periodo napoleonico a quello attuale T. Scovazzi, *Diviser c'est*

riprodurre quel fenomeno e creare un grande museo del terzo Reich, la *Hohe Schule*. Ciò, tuttavia, a dispetto delle regole che il diritto internazionale aveva sviluppato frattempo, a valle della prassi delle restituzioni successiva al Congresso di Vienna, con la proibizione della pratica del saccheggio cristallizzatasi nella disciplina del diritto internazionale bellico dell'Aja del 1899²⁵ e del 1907²⁶.

Che anche di tali questioni la Conferenza di Washington intendesse occuparsi risulta abbastanza chiaro dalla sua origine. Essa rappresenta infatti la continuazione delle negoziazioni riprese con la conferenza di Londra del 1997 sull'oro nazista²⁷, con la quale si intendeva chiudere il periodo della Conferenza tripartita sulla restituzione dell'oro monetario, istituita nel 1946 in attuazione della Parte III dell'Accordo sulla riparazione concluso in esito alla Conferenza di Parigi sulla Riparazione²⁸. Se due sono i fenomeni di spoliazione di beni d'arte cui i *Washington Principles* vogliono dare risposta, di ciò deve tener conto anche l'interpretazione della nozione di "pre-war owners" impiegata da quei Principi.

Parallelamente, considerato l'obiettivo di fondo dei Principi – quello cioè di rendere possibile una giustizia meno iniqua per le vittime attraverso forme di restituzione di cui quelle possano beneficiare, anche la ricostruzione dei confini della categoria degli autori di quelle spoliazioni, i *Nazisti*, dovrà operarsi tenendo conto della diversità di quei due fenomeni storici di spoliazione.

Ecco dunque che la spinta riparativa dei Principi imporrà di considerare compiute da *Nazisti* tutte quelle situazioni in cui la vittima sia stata privata del suo godimento dei beni d'arte in ragione della sua riconduzione, da parte dei persecutori, al gruppo contro cui il disegno genocida era diretto. In altre parole, dovranno considerarsi vittime nel contesto dei Principi tutti quei *pre-war owners* che furono privati dei loro beni d'arte *in quanto considerati ebrei*, e ciò a prescindere dalla nazionalità degli autori della spoliazione, del loro formale inquadramento nelle strutture del partito nazista tedesco o nel quadro organico del terzo Reich, o ancora dall'eventuale autonomia dell'azione di spoliazione rispetto a formali direttive del Reich. È l'unità del fenomeno del genocidio antiebraico in Europa, a prescindere dal concreto autore dell'atto che in quel disegno si inserisce, a imporre una risposta unitaria.

Quando invece ci si confronti con un fenomeno di saccheggio legato al disegno imperiale hitleriano diventerà decisiva l'attribuzione di quegli atti - ai sensi del diritto internazionale - alla potenza (soggetto internazionale) terzo Reich. Saranno dunque coperti dai Principi gli atti compiuti da organi, anche di fatto, del Reich, compresi dunque quelli compiuti dalle forze collaborazioniste che, in diversi Paesi soggiogati, davano formale schermo all'occupazione. Di conseguenza, in tal caso, andrà definita la categoria delle vittime. Ecco allora, per fare un esempio, che azioni di saccheggio poste

détruire: ethical principles and legal rules in the field of return of cultural property, *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 341-395.

²⁵ Art. 56: "The property of the communes, that of religious, charitable, and educational institutions, and those of arts and science, even when State property, shall be treated as private property. All seizure of and destruction, or intentional damage done to such institutions, to historical monuments, works of art or science, is prohibited, and should be made the subject of proceedings."

²⁶ Si veda l'art. 46 delle Hague Regulations, ai sensi del quale "Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated." L'art. 47, poi, è lapidario nella previsione per cui "Pillage is formally forbidden". Per ulteriori notazioni e riferimenti si fa qui riferimento ancora a B. Cortese, *La restituzione dei beni d'arte...*, cit., p. 127.

²⁷ Si veda a conferma di questa continuità, che va ben oltre la conferenza di Washington, l'audizione dell'ex ambasciatore USA presso la UE, Stuart Eizenstat, su "Holocaust Era Assets after the Prague Conference", tenuta il 25 maggio 2010 davanti alla *Commission on Security and Cooperation In Europe: U.S. Helsinki Commission* del Congresso degli Stati Uniti d'America, reperibile on-line <https://www.csce.gov/international-impact/events/holocaust-era-assets-after-prague-conference> (visto in dicembre 2020), spec. p. 1.

²⁸ Agreement on reparation from Germany, on the establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the restitution of monetary gold. Done at Paris, on 14 January 1946, *UNTS*, 1966, 71.

in essere dagli organi della RSI nei territori del Nord Italia non ancora liberati, sarebbero sicuramente riconducibili all'ambito di applicazione dei Principi anche ove non fossero stati compiuti a danni di ebrei²⁹.

10. e) I beni "non restituiti"

Un ulteriore elemento di indeterminatezza quanto alla determinazione dell'ambito di operatività dei *Washington Principles* è insito nella nozione utilizzata per definire il destino successivo dei beni depredati. Ai Principi primo, terzo, quarto, quinto, settimo ed ottavo si trova infatti la menzione delle opere confiscate e *non restituite*. Tale riferimento è fatto in relazione agli impegni di identificare quelle opere (Principi 1 e 3), di pubblicizzarne l'esistenza (Principio 5), al fine di consentire agli originari titolari o ai loro eredi di avanzare le loro richieste (Principio 7), giungendo ad una soluzione equa (Principi 8 e 9).

È chiaro quindi che è alle opere non restituite che i Principi intendono applicarsi. Tuttavia, nell'ambito dei Principi non si trova una definizione di cosa si debba intendere per restituzione e, dunque, neppure è precisato in che cosa consista la *non*-restituzione.

La prospettiva ermeneutica più appropriata per dare un senso a quelle nozioni è la prospettiva del diritto internazionale e, nello specifico, delle regole e principi di diritto internazionale generale in tema di responsabilità degli Stati per l'illecito internazionale.

In quel contesto, la *restituzione* è oggetto di uno specifico obbligo secondario (conseguente cioè alla violazione della norma primaria) ed è una delle forme della riparazione cui lo Stato autore dell'illecito è tenuto³⁰.

In senso stretto essa è indicata come restituzione in natura, *restitutio in integrum* e comporta l'obbligo di cancellare tutte le conseguenze dell'illecito, facendo in modo che la situazione ritorni quella precedente l'illecito. Per giungere a quel risultato, lo Stato dovrà impiegare vari mezzi *anche* di diritto interno, compresa la disapplicazione di norme o principi di diritto interno che ostassero al raggiungimento del risultato internazionalmente dovuto.

In senso ampio, la restituzione può invece intendersi comprensiva anche di una riparazione per equivalente – che sostituisce l'obbligo di restituzione in natura, quando quella non sia materialmente possibile – e persino di una compensazione negoziata³¹, soggetta però al consenso delle parti coinvolte.

Ora, dovendosi in questa sede definire un concetto - quello di *beni non restituiti* - decisivo al fine di determinare l'ambito di applicazione dei Principi, sembra preferibile seguire l'impostazione più rigorosa, tra quelle desumibili dal diritto internazionale della responsabilità degli Stati, considerandosi dunque non restituiti tutti quei beni che non siano tornati nella disponibilità dei *pre-war owners*. Tale conclusione appare coerente, del resto, con la qualificazione delle sottrazioni di cui si tratta come gravi illeciti internazionali, espressi nella violazione di regole fondamentali per la comunità internazionale, tanto nel caso delle sottrazioni incluse nel disegno genocida, quanto in

²⁹ Come nel caso delle opere della collezione *Perkins*: cfr. *infra*, al par. 19.

³⁰ Cour Permanente de Justice Internationale, *Usine de Chorzow (Demande en indemnité) (Fond)*, Jugement No. 13, 1928, *C.P.J.I., Recueil des arrêts, Série*, No. 17, p. 29 ss., p. 47: "Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place".

³¹ Cfr. A. Tanzi, *Restitution*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, MPEPIL 1094, on-line al portale opil.ouplaw.com/home/mpil.

quello delle sottrazioni poste in essere in violazione del diritto internazionale bellico, nel quadro del progetto imperiale hitleriano.

Inoltre, una conclusione del genere appare in linea con il Principio 4, che impone di considerare la lacunosità della documentazione e l'ambiguità delle circostanze rilevanti nel determinare se un certo bene sia stato confiscato e successivamente, appunto, non restituito³². Ora, affermare che si debba tenere conto dell'ambiguità delle circostanze nel determinare se un bene (*dovesse essere e sia stato*, o meno, *restituito*), presuppone che non ci si accontenti dell'esistenza di un negozio giuridico apparentemente regolare, al momento dell'alienazione di quel bene³³.

11. Il contenuto dei *Washington Principles*

Giunti a questo punto, è opportuna una ricognizione del contenuto di quei Principi, con un duplice obiettivo. Si tratta da un lato di delineare per sommi capi le raccomandazioni indirizzate non solo agli Stati, ma a tutti gli attori variamente coinvolti nella soluzione delle *questioni* relative a quei beni *confiscati dai nazisti e non restituiti*. Dall'altro lato, si tratta di collegare quelle raccomandazioni agli obblighi internazionali di restituzione o, rispettivamente, non riconoscimento, che conseguono ai crimini commessi dalle forze nazifasciste in Europa nel periodo rilevante. Questo sforzo va condotto nella duplice dimensione già individuata: quella del genocidio e quella della violazione delle norme del diritto internazionale bellico.

Ciò posto, è utile seguire, qui di seguito, uno schema di analisi che raggruppa le diverse raccomandazioni secondo linee di tendenziale omogeneità dei loro contenuti e dei destinatari cui sono rivolte.

12. Segue: a) identificazione e provenienza

I primi quattro principi hanno di mira l'identificazione delle opere confiscate e non successivamente restituite e dunque introducono il tema dell'apertura degli archivi, del (sostegno al)la ricerca sulla provenienza.

Quanto ai contenuti e ai destinatari delle raccomandazioni incluse in quel primo gruppo di principi, è anzitutto evidente che i primi tre di essi si rivolgono a tutti i soggetti potenzialmente coinvolti in *questioni* relative ai beni confiscati dai Nazisti e non restituiti - e non solo quelli che hanno partecipato alla *Washington Conference*). Esse si rivolgono inoltre tanto agli Stati e ai loro organi, quanto anche ad enti privati che custodiscono oggetti d'arte, musei *in primis*, ma anche collezionisti. A tutti questi soggetti si chiede anzitutto di attivarsi per ricostruire la provenienza delle opere in loro possesso e di aprire gli archivi a chi voglia intraprendere simili ricerche (Principi 1 e 2).

Nel momento in cui quelle raccomandazioni operano nei confronti dello Stato, compresi i suoi organi e gli enti in qualsiasi maniera sotto il controllo dell'apparato statale, esse non si limitano a incitare all'adozione di misure legislative, organizzative e di finanziamento, specificamente finalizzate a dare attuazione a tale indirizzo internazionale (Principi 2 e 3). Piuttosto, esse valgono anche quale ausilio interpretativo delle norme generali interne in materia di accesso agli archivi e più in generale ai documenti in possesso degli organi statali (Principio 2).

Il Principio 4 ha invece una rilevanza trasversale. Infatti, esso può produrre effetti non solo nelle relazioni verticali tra privato e organo statale (o ente assimilato). Nel richiedere che la qualificazione della fattispecie concreta sia operata tenendo conto delle inevitabili lacune e ambiguità nella

³² Su cui si tornerà poco oltre in questo lavoro, al par. 12.

³³ Per l'adozione di significati "ampi" dei termini rilevanti per definire i processi di restituzione cfr. B. Gaudenzi, A. Swenson, Looting Art and Restitution in the Twentieth Century – Towards a Global Perspective, *Journal of Contemporary History*, 52, 3, 2017, pp. 491-518, p. 495.

provenienza, il quarto principio può bensì essere valorizzato quale indirizzo ermeneutico delle norme applicabili, a vario titolo, anche nei rapporti orizzontali tra privati, ed in particolare nel contesto di una *controversia* sulla restituzione di un bene all'interno di un dato ordinamento giuridico statale. In quel contesto, il Principio 4 opererà da contrappeso al principio di stabilità delle situazioni giuridiche, contribuendo in particolare a depotenziare eventuali presunzioni di liceità del possesso, previste dal diritto nazionale applicabile.

Esso, per di più, sembra strutturalmente idoneo a rappresentare una linea guida rilevante nel contesto di un arbitrato transnazionale chiamato a risolvere una disputa in materia, o nel contesto di un meccanismo di soluzione alternativa delle controversie, *in primis* nel contesto di una mediazione.

13. b) Pubblicità dei risultati; “incoraggiamento” delle richieste

Il quinto e il sesto principio richiedono che sia data pubblicità e diffusione più ampie possibili ai risultati delle ricerche sulla provenienza, che abbiano portato a considerare certe opere come sottratte (“confiscate”) ai proprietari. Il settimo principio “incoraggia” gli originari titolari dei beni confiscati e i loro eredi a presentare le loro richieste e a renderle pubbliche, chiedendo altresì che questi passi siano favoriti dagli altri soggetti cui si applicano i Principi.

Ora, questi Principi si rivolgono, quali raccomandazioni, anzitutto agli Stati, considerati non solo e non tanto come soggetti attivi unitariamente nella sfera delle relazioni internazionali, ma piuttosto e specificamente nelle loro articolazioni organiche attive nell'ambito interno. Si tratta delle articolazioni amministrative, di gestione ed operative, attive nel settore della tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale, ma anche degli organi legislativi e giurisdizionali.

Alla complessa articolazione dell'apparato statale questi principi ricordano, come si dirà meglio tra poco, la necessità di agire in buona fede in modo da non pregiudicare il rispetto di specifici obblighi internazionali di restituzione o di non riconoscimento che ad essi possono imporsi in relazione a quei beni.

Alle articolazioni operative degli Stati attive nel settore della tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale, i Principi 5-7 raccomandano l'adozione di specifici passi necessari a facilitare il risultato che essi direttamente perseguono: la conoscenza della situazione delle opere trafugate e la proposizione delle domande di restituzione da parte dei proprietari spoliati e dei loro eredi.

Agli organi legislativi ed esecutivi quei Principi chiedono la predisposizione di meccanismi e soluzioni utili a favorire quel risultato: come l'istituzione di commissioni di indagine e studio³⁴.

Agli organi giurisdizionali, specie se investiti di funzioni nomofilattiche, essi richiamano l'obbligo di un'interpretazione del diritto applicabile alle singole domande di restituzione che non sia formalistica e ciecamente orientata all'applicazione di principi giuridici pensati per le situazioni ordinarie, sviluppando invece una giurisprudenza che sia coerente con l'obiettivo di fondo dell'insieme dei Principi, così da *incoraggiare*, per l'appunto, le vittime a proporre le loro richieste, una volta che le ricerche sulla provenienza abbiano fatto riemergere quelle opere dalla loro travagliata storia e dall'oblio che su di esse era calato.

L'incoraggiamento di cui si discute qui dovrà poi trovare particolare considerazione da parte degli organi arbitrali chiamati a risolvere controversie sul controllo di quei beni, nonché nel contesto di meccanismi di soluzione alternativa delle controversie, mediazione *in primis*.

I Principi in questione si rivolgono però anche ai privati: fondazioni private che gestiscono musei, collezionisti, case d'aste e mercanti d'arte. Ad essi si richiede appunto di rendere pubblici e

³⁴ Cfr. infra, par. 17.

diffondere i risultati degli studi sulla provenienza e di allertare le persone che abbiano iscritto opere d'arte in registri di opere sottratte/perdute³⁵, nonché di entrare in negoziazioni di buona fede con i *pre-war owners* o i loro eredi, con l'obiettivo di trovare una soluzione equa (cfr. i Principi seguenti).

14. c) *Just and fair solution*

I Principi 8 e 9 sono in qualche misura il centro "operativo" di tutto l'insieme delle raccomandazioni prodotte dalla Conferenza di Washington. Essi richiedono infatti che sia raggiunta una soluzione "just and fair" in relazione agli oggetti d'arte di cui si sia accertata la sottrazione agli originari proprietari nel contesto dei crimini nazisti e che non siano stati successivamente restituiti.

Il tenore all'apparenza più etico che giuridico dell'indicazione contenuta in quei due principi esprime senza dubbio il pragmatismo della *Washington Conference*, chiamata a formulare orientamenti condivisi da tutti i partecipanti e applicabili a situazioni estremamente variegata.

Non si deve però commettere l'errore di considerare che l'auspicio di una soluzione "just and fair" possa essere letto come un depotenziamento della pretesa di restituzione che possa essere fatta valere in diritto.

La complessità delle situazioni cui, più o meno direttamente, i *Washington Principles* si rivolgono impone infatti di considerare quella come una formula di sintesi, che intende orientare la soluzione delle questioni di restituzione ad un principio superiore di *giustizia*, intesa eticamente come soluzione che raddrizza il torto. Si tratta di un'indicazione metagiuridica, appunto, chiamata tuttavia ad operare tanto quando ci si trovi di fronte ad una controversia e questa sia risolta applicando il diritto, tanto quando le parti di una tale controversia si accordino per una soluzione orientata esclusivamente all'equità, quanto infine nell'ipotesi in cui non vi sia una vera e propria controversia, perché manchino due pretese contrapposte alla proprietà, ma sia comunque emersa una cesura tra il titolo attuale e la situazione del bene ante-guerra, cesura consistente per l'appunto in una spoliazione riconducibile ad uno dei crimini considerati dai *Washington Principles*.

15. *just and fair* e stretto diritto: Il Principio 8 e i meccanismi giuridici di soluzione di una controversia sulla restituzione

Detto questo in generale, si deve probabilmente distinguere la portata dei due principi. Infatti, mentre il Principio 8 si riferisce alle situazioni in cui siano identificati i *pre-war owners* o i loro eredi, il Principio 9 si riferisce invece a quelle in cui quell'identificazione (non tanto degli originari proprietari, quanto dei loro eredi) non sia possibile. È chiaro che, mentre nella prima ipotesi può esservi - o sorgere - una controversia tra parti contrapposte da pretese irriducibili quanto al titolo giuridico su quei beni, nella seconda ipotesi non può neppure parlarsi di una controversia sulla proprietà che opponga due controparti.

³⁵ Si veda il ruolo svolto dalla casa d'aste Sotheby's nel segnalare agli eredi Oppenheimer la presenza di un'opera di pittore fiammingo (*Ascesa al Calvario*, attribuita al Monogramista di Brunswijk o ad Hans van Wechelen) segnalata tra le opere depredate dai nazisti dalla collezione Oppenheimer e sottoposta dagli attuali possessori alla casa d'aste per la vendita: il ruolo decisivo di Sotheby's nell'emersione della controversia è attestato dalla "raccomandazione vincolante" adottata nel 2010 dalla Restitutiecommissie olandese, cui le parti si erano successivamente rivolte per trovare una soluzione mutualmente accettabile: cfr. Restitutiecommissie, *Binding advice concerning the dispute over the painting Road to Calvary, Recommendation n. 3.95*, para. 3, iv), on-line a www.restitutiecommissie.nl/en/recommendations/recommendation_395.html. Non "ufficiale" ma degna di fede per provenire dalla persona direttamente interessata, l'erede dei *pre-war owners* nel caso della *Santa Caterina d'Alessandria* di Strozzi, Sig.ra Philippa Calnan, è la segnalazione di un ruolo del tutto analogo svolto dalla filiale Italiana della stessa casa d'aste Sotheby's nel 2009, in occasione del tentativo di messa in vendita in Italia del dipinto dello Strozzi, sulle cui vicende si tornerà *infra*, al par. 19. La notizia è riferita nella cronaca a firma di J. Finkel apparsa nel Los Angeles Times del 26 febbraio 2011.

In tali diversi contesti sarà allora tendenzialmente diversa anche la portata del principio metagiuridico in questione.

Di fronte ad un oggetto d'arte di cui sia accertata la sottrazione in un contesto di crimine internazionale rilevante per i *Washington Principles* e di cui gli originari proprietari/eredi richiedano la restituzione, confrontandosi con un rifiuto del detentore attuale, l'indicazione contenuta nel Principio 8 esprime, allora, un principio *narrativo ma normativo*³⁶ passibile di influenzare l'esito di quella controversia. Il Principio dovrebbe cioè quantomeno influenzare l'interpretazione delle norme applicabili, portando all'individuazione di una *regula iuris* capace di produrre, in concreto, il risultato *just and fair* richiesto dai *Washington Principles*. Lungi però dal poter svolgere un'influenza limitata all'interpretazione della norma astrattamente applicabile, quel Principio dovrebbe prima ancora orientare il soggetto chiamato a risolvere tale controversia, a condurre il processo di individuazione del diritto applicabile tenendo conto della dimensione plurale del diritto, data non solo dall'interazione tra molteplici sistemi giuridici nazionali potenzialmente coinvolti nella gestione della controversia (diritto internazionale privato), ma anche della necessità di gestire quell'interazione e i suoi risultati alla luce degli obblighi imposti dal diritto internazionale (pubblico).

16. *Just and fair* e giustizia riparativa: La intrinseca transitorietà delle situazioni in cui si applica il Principio 9

Quanto al Principio 9, pur in mancanza di una concreta controversia circa la restituzione, il riferimento ad una *just and fair solution* andrà inteso come auspicio all'adozione di misure di *restorative justice*³⁷, miranti a costruire una memoria condivisa e, per l'appunto, riparativa. Una memoria condivisa e riparativa sarà quella capace da un lato di mettere in luce i percorsi della persecuzione e del genocidio, comprese le zone grigie dell'acquiescenza dei contemporanei e del lungo oblio postbellico; essa contribuirà dall'altro lato a ridare *dignità* ai depredati, con il riconoscimento postumo dell'ingiustizia e la concreta e pubblica memoria della loro sofferenza. Anche nelle ipotesi contemplate dal Principio 8, va però detto, il difetto di una concreta ed attuale controversia sulla proprietà a fini di restituzione non esclude che, al ricorrere di certe condizioni, possano trovare spazio anche misure di stretto diritto (pubblico), tendenzialmente ma non necessariamente transitorie perché funzionali al raggiungimento di una nuova, più soddisfacente sistemazione della situazione di beni d'arte depredati. Così, in caso di possesso di mala fede da parte del privato detentore sarà possibile, al ricorrere delle condizioni previste dal diritto pubblico interno di volta in volta applicabile, l'adozione di misure amministrative o penali di sequestro o confisca, in vista del raggiungimento di specifiche soluzioni riparative. Questo è quanto accaduto, ad esempio, nella prima fase del caso *Gurlitt*³⁸.

³⁶ Per il concetto di norme narrative v. E. Jayme, *Narrative Norms in Private International Law. The Example of Art Law*, *Recueil des Cours, de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 375, 2014, pp. 9-52; ivi ulteriori riferimenti ai precedenti scritti dell'A. in materia.

³⁷ Su cui si veda, anche per ulteriori riferimenti, S. Pinton, *The Role of Restorative Justice in International Law*, in B. Cortese, a cura di, *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, pp. 123-133.

³⁸ Per alcune indicazioni sulle complesse vicende del caso *Gurlitt*, compresi i provvedimenti di sequestro penale adottati in una prima fase, cfr. P. Hellwege, *Precluding the Statute of Limitations? How to Deal with Nazi-Looted Art after Cornelius Gurlitt*, *Southwestern Journal of International Law*, 22, 2016, pp. 105-161, p. 111; A. Chechi, *The Gurlitt hoard: An appraisal of the role of international law with respect to nazi-looted art*, *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2014, 23, 1, pp. 199-217, alle p. 199-202. Per un approfondito esame del caso, nella sua prima fase, si veda soprattutto E. Jayme, *Der Gurlitt-Fall – Grundfragen des Kunstrechts*, in B. Mosimann, P. Schönenberger, Eds., *Kunst und Recht 2014 / Art & Law 2014*, Bern, Staempfli, 2014, pp. 127-156; Id., *Die internationalprivatrechtliche Dimension des Falles „Gurlitt“*, in Weller, M., Kemle, N., Hrsg., *Eigentum - Kunstfreiheit - Kulturgüterschutz, Tagungsband des*

In ogni caso, nonostante il testo del Principio 9 si riferisca all'impossibilità di individuare gli originari proprietari o i loro eredi, una sua lettura sistematica all'interno dei *Washington Principles* impone di considerare quel Principio come applicabile a situazioni essenzialmente transitorie, destinate a passare, prima o poi, nell'orbita del Principio 8.

Infatti, in una situazione in cui vi sia, da un lato, il fondato sospetto se non la certezza che il bene artistico in questione sia giunto in mani naziste nel contesto dell'uno o dell'altro dei crimini internazionali cui i *Washington Principles* si riferiscono, ma, dall'altro lato, non sia stato ancora possibile individuarne gli originari proprietari, i Principi 1 e 4 (e gli altri ad essi strumentali) richiedono senz'altro la continuazione e l'approfondimento delle ricerche, sino a giungere ad una definizione dell'origine di quei beni e, dunque, dei *pre-war owners*.

Ciò detto, potrà in concreto accadere, in riferimento a beni sottratti nel contesto della persecuzione antiebraica³⁹, che non sia possibile individuare degli eredi.

Ciò può verificarsi in almeno tre ipotesi. Due di queste sono varianti dello stesso fenomeno - l'incertezza quanto all'eredità - e non sono necessariamente situazioni definitive. Quell'incertezza può essere la conseguenza dell'assenza di indicazioni circa l'esistenza di possibili eredi, o può invece dipendere da contestazioni circa la qualità di erede, tra più soggetti che si affermino tali. In tali casi, ancora una volta, la *just and fair solution* cui fa riferimento il Principio 9 potrà essere anche soltanto transitoria: ove emergessero successivamente degli eredi, o una volta risolta la controversia circa l'eredità, la questione dovrebbe essere affrontata alla luce del Principio 8.

La terza e più terribile ipotesi è lo sterminio dell'intera linea ereditaria del soggetto cui quei beni appartenevano. In tal caso, la *just and fair solution* richiesta dal Principio 8 ed orientata ad un percorso di giustizia restitutiva incentrato sulla costruzione di una memoria condivisa assume un carattere tendenzialmente definitivo.

17. d) Strumenti istituzionali speciali e meccanismi alternativi di soluzione delle controversie

Gli ultimi due Principi, 10 e 11, contengono un duplice, articolato riferimento a meccanismi non conflittuali di gestione delle questioni legate ai beni cui si applicano i *Washington Principles*.

Al Principio 10 si evoca chiaramente, anche se indirettamente, l'opportunità di istituire commissioni miste incaricate di compiere studi sulla provenienza e, contestualmente, di svolgere funzioni conciliative.

È il modello seguito, pur con specificità organizzative, in molti Stati europei⁴⁰. Basti qui citare gli esempi francese e tedesco.

In Francia all'istituzione, nel 1997, di una *Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France*, è seguita nel 1999 l'istituzione di una *Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation* (CIVS)⁴¹, ancora pienamente in attività. La CIVS è incaricata, su domanda delle persone interessate, di elaborare proposte concrete di misure di restituzione o indennizzo, in relazione a beni d'arte di cui i legittimi

Achten Heidelberger Kunstrechtstags am 31. Oktober und 1. November 2014 (Series: *Schriften zum Kunst- und Kulturrecht*, vol. 21), p. 39-52.

³⁹ Quando un simile problema emerga in relazione a beni sottratti dal territorio di uno Stato occupato, in violazione del diritto internazionale bellico ed in particolare del divieto assoluto di saccheggio, l'eventuale difficoltà ad individuare eredi di chi ne fosse proprietario al momento del saccheggio non incide in alcun modo sull'obbligo di restituzione interstatale

⁴⁰ Cfr. A. Marck, E. Muller, *National Panels Advising on Nazi-looted Art in Austria, France, the United Kingdom, the Netherlands and Germany - A Brief Overview*, in E. Campfens, Ed., *Fair and Just Solutions?*, The Hague, 2015, pp. 41-89

⁴¹ Décret n°99-778 du 10 septembre 1999 instituant une commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation, *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, n° 211 del 11 settembre 1999, p. 13633.

proprietari siano stati spoliati “du fait de législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation” ed in particolare quando quei beni siano custoditi dalle istituzioni museali pubbliche francesi (artt. 1 e 1-1). La Commissione può inoltre determinare l'apertura di una procedura di istruzione ministeriale su singoli casi di spoliazione, in particolare per individuare i proprietari o i loro eredi (art. 1-2).

In Germania sono attualmente attive sia la *Beratende Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz* (in seguito: la *Beratende Kommission*), sia il *Deutsches Zentrum Kulturgutverluste*.

La *Beratende Kommission* è una commissione formata da esperti indipendenti ed istituita in forza di una convenzione di diritto pubblico tedesco tra la Federazione, i Länder e le unioni dei comuni tedeschi⁴². Essa svolge attività di mediazione e conciliazione in relazione alla restituzione ed è adita su iniziativa dei privati interessati, dei soggetti di diritto pubblico detentori di beni contesi (ai quali i *Washington Principles* e la successiva Dichiarazione comune del 1999⁴³ si applicano come parte del diritto pubblico interno tedesco⁴⁴), o di privati detentori di quei beni che accettino quei Principi.

Il *Deutsches Zentrum Kulturgutverluste* è una fondazione di diritto civile istituita dalla Federazione, dai Länder e dalle unioni dei comuni tedeschi nel 2015, ma in sostanziale continuità con due precedenti entità, ed è incaricata di assistere la *Beratende Kommission* in particolare nella ricerca della provenienza e nella gestione di banche dati dei beni spoliati “in connessione con la persecuzione nazista”.

A questi modello virtuosi di attuazione delle raccomandazioni contenute nei Principi 10 e 11 il legislatore italiano non ha invece voluto dare attuazione, se non marginale. La c.d. Commissione Anselmi, istituita nel 1998⁴⁵, ha avuto infatti un mandato e risorse decisamente limitati. Essa ha prodotto uno studio complessivamente molto utile a ricostruire il fenomeno storico nelle sue dimensioni complessive, ma non ha potuto svolgere approfondimenti incisivi su singoli casi. Del resto, quella Commissione non era incaricata di una missione conciliativa in relazione a casi concreti. Per di più, il suo operato è, all'ora attuale, sostanzialmente insabbiato, al punto che ogni riferimento ad essa e lo stesso testo degli studi da quella compiuti sono scomparsi, nella corrente legislatura, dal sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Decreto che l'istituiva è scomparso dalla banca dati ufficiale del diritto in vigore in Italia....

Nonostante la deludente vicenda italiana di sostanziale inattuazione dei Principi 10 e 11 a livello istituzionale, quei Principi possono giocare un ruolo anche in controversie che coinvolgono enti museali pubblici italiani presso i quali si trovino beni rientranti nell'ambito di applicazione dei *Washington Principles*. Rimane sempre auspicabile, infatti, il ricorso a meccanismi alternativi di soluzione delle controversie ed in particolare il ricorso a panel di esperti *ad hoc*, incaricati di funzioni

⁴² Si veda il rapporto del Deutscher Bundestag intitolato *Rechtliche Rahmenbedingungen für die Arbeit der „Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter, insbesondere aus jüdischem Besitz“*, Aktenzeichen: WD 10 - 3000 - 006/19, scaricabile quale documento informatico WD-10-006-19-pdf-data.pdf dal sito www.bundestag.de.

⁴³ Gemeinsame Erklärung - Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz. La Dichiarazione è accessibile in lingua tedesca al sito del *Deutsches Zentrum Kulturgutverluste* www.kulturgutverluste.de.

⁴⁴ Cfr. ex multis E. Jayme, La provenienza taciuta: il caso Trübner di Heidelberg e l'interpretazione del § 40 KGSG, *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. 1-2 2018 (recte: 2019), pp. 183-191, p. 186.

⁴⁵ Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati. Su quella Commissione si veda in particolare M. Sarfatti, Le vicende della spoliazione degli ebrei e la Commissione Anselmi (1998-2001), in G. Speciale, a cura di, *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Raza diritto esperienze*, Bologna, 2013, pp. 299-311; inoltre I. Pavan, Le “Holocaust Litigation” in Italia. Storia, burocrazia e giustizia (1955-2015), in G. Focardi, C. Nubola, a cura di, *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, pp. 303-333, p. 307 ss.

di mediazione e conciliazione, ovvero quantomeno ad un arbitrato transnazionale⁴⁶. Né a quella strada dovrebbero ostare limiti di diritto pubblico interno. Infatti, la portata internazionalistica diretta dei *Washington Principles*, veicolo di una raccomandazione internazionale che esprime un *consensus* tra i Paesi che hanno partecipato alla *Washington Conference*, deve intendersi estesa quantomeno ad un effetto di liceità (anche) sul piano interno del ricorso a meccanismi alternativi di soluzione delle controversie. Quell'effetto di liceità, in coerenza con lo spirito dei Principi nel loro complesso e del Principio 8 in particolare, si estende alle concessioni da parte di quegli enti pubblici che siano dirette alla restituzione in senso stretto dell'opera ai suoi originari proprietari o ai loro eredi, quando questo sia indicato come il percorso di una soluzione *just and fair* da un'istanza indipendente.

Di fronte a una raccomandazione concreta in quel senso, dunque, non vi sarà più bisogno di ricorrere a sotterfugi come quello che, verosimilmente, ha caratterizzato la rocambolesca "restituzione" del Cristo portacroce del Romanino di Brera⁴⁷. In relazione a quella vicenda, infatti, è difficile liberarsi dall'impressione che la ...provvidenziale mancanza dei documenti necessari a garantire l'immunità di quel prestito dalla giurisdizione USA sia stato il frutto di un accordo carsico tra gli eredi, la direzione di quel grande museo e il Ministero dei Beni Culturali, accordo di cui si trova ulteriore indizio nell'assenza di qualsiasi attività difensiva del museo o del governo italiano davanti alla corte statunitense chiamata a pronunciarsi sul sequestro e sulla successiva assegnazione del dipinto.

18. I *Washington Principles* come rinforzo narrativo di soluzioni imposte dall'ordine pubblico universale

Letti nel loro insieme, i *Washington Principles* – adottati decenni dopo i fatti – hanno un significato inequivoco: essi valgono riconoscimento dell'*iniquità* della situazione di non restituzione dei beni d'arte sottratti ai proprietari nell'Europa occupata dalle truppe naziste, o in ogni caso nei Paesi che perseguitarono gli ebrei nel periodo del dominio nazifascista. Quell'*iniquità* non è però, come si è cercato di chiarire, rilevante solo nel contesto della valutazione etico-politica.

Alla luce dell'ambito di applicazione dei *Washington Principles* definito più sopra⁴⁸ ritengo infatti di poter concludere, anche con riferimento ad argomentazioni giuridiche svolte più estesamente in un precedente scritto⁴⁹, che quei Principi esprimono, in alcuni ambiti ed in riferimento a determinate situazioni, un rinforzo *narrativo*⁵⁰ (oltre che un presupposto operativo⁵¹) di obblighi internazionali di *hard law*. Quei Principi, infatti, devono essere letti nel quadro degli obblighi internazionali di riparazione e di non riconoscimento dei crimini internazionali qui rilevanti: il genocidio antiebraico, da un lato, e il saccheggio delle opere d'arte dei Paesi occupati dai nazisti, dall'altro lato. A ciò si aggiunge, nel caso dell'Italia, l'ulteriore rinforzo derivante dagli obblighi di riparazione e non riconoscimento specificamente previsti nel Trattato di Pace⁵².

⁴⁶ J. Mullery, Fulfilling the Washington Principles: A Proposal for Arbitration Panels to Resolve Holocaust-Era Art Claims, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11, 2010, pp. 643-674. Più in generale, con riferimento alle controversie in materia di beni d'arte, I. Fellrath-Gazzini, *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving NonContractual Disputes*, Transnational Publishers, New York, 2004.

⁴⁷ I dettagli sono riportati nella cronaca del Los Angeles Times del 24 aprile 2012 ('Italy in unfamiliar role in seizure of 'Christ Carrying the Cross', a firma di M. Boehm). Si veda inoltre S. Ianovitz, Il "Cristo portacroce" del Romanino: una controversia sulla proprietà delle opere d'arte, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, 6, 1, pp. 367-378, p. 371.

⁴⁸ Par. 5 e seguenti.

⁴⁹ B. Cortese, La restituzione dei beni d'arte..., cit., p. 126 ss.

⁵⁰ Per quanto riguarda in particolare la *just and fair solution* indicata al Principio 8.

⁵¹ Per quanto riguarda in particolare i Principi da 1 a 7.

⁵² In relazione agli artt. 75, 78 e 79, par. 9, del Trattato di Pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, si veda quanto osservato in B. Cortese, La restituzione dei beni d'arte..., cit., p. 132 ss.

In tal senso, i *Washington Principles* esprimono soluzioni che, anche dal punto di vista del diritto interno, devono intendersi come *internazionalmente imperative*, in quanto *espressione positiva* di un *ordine pubblico internazionale*⁵³.

Quei principi strumentali attraverso cui (la teoria generale del) diritto internazionale privato consente di individuare norme (positive o negative) decisive nel determinare la disciplina applicabile ad una determinata fattispecie transnazionale (come sono, necessariamente, quelle di cui ci occupiamo in questo studio) costituiscono infatti il contesto all'interno del quale i giudici chiamati a risolvere una controversia in questo campo possono trovare la chiave per rendere una decisione *just and fair*.

È infatti all'incrocio tra le strade dell'*ordine pubblico transnazionale*⁵⁴, o universale, in materia di beni culturali⁵⁵, e degli obblighi diritto internazionale (pubblico) in materia di restituzioni che si pone la necessaria soluzione delle questioni di restituzione delle opere d'arte trafugate nel contesto di crimini internazionali come quelli cui si riferiscono i *Washington Principles*.

19. Alcune conferme nella giurisprudenza sulle restituzioni

L'impostazione teorica ora ricordata trova alcune importanti conferme in decisioni giudiziarie di varia origine dell'ultimo decennio.

È in termini del tutto equivalenti agli approcci di teoria generale del diritto internazionale privato "continentale" poco sopra ricordati che si deve leggere, ad esempio la statuizione della *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* nel caso *Marei von Saher*, deciso nel 2014, secondo cui i *Washington Principles* devono considerarsi espressione – per quanto riguarda il sistema statunitense – di una *federal [public] policy*⁵⁶.

La decisione nel caso *Marei von Saher* è doppiamente notevole per l'esplicito riferimento ai *Washington Principles* e per quello alla *public policy* del foro, nel decidere una questione che avrebbe altrimenti potuto essere sottoposta ad un diritto straniero incompatibile con quella *public policy*.

Pur senza un esplicito richiamo ai *Washington Principles*, si pongono su una linea del tutto coerente con la decisione della corte d'appello federale USA ora ricordata anche alcune decisioni francesi ed italiane degli ultimi anni, in cui emerge, più o meno esplicitamente, il dato decisivo delle norme positive dell'ordine pubblico internazionale del foro.

Quanto alle corti francesi, esse hanno statuito, sia nel caso *Gentili di Giuseppe c. Louvre*⁵⁷, sia nel caso del *Pissarro* appartenuto alla collezione *Bauer*⁵⁸, facendo valere l'esistenza di una norma

⁵³ Si veda una discussione di vari approcci simili in materia di restituzione internazionale di beni d'arte in M. Frigo, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, *Recueil des Cours, de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 375, 2015, consultato nel volume autonomo (2016, e book), p. 157 ss.

⁵⁴ Su cui si veda in particolare la concezione di C. Kessedjian, *Transnational Public Policy*, in A.J. van den Berg, gen. ed., *International arbitration 2006: back to basics?*, pp. 857-870.

⁵⁵ Si vedano su quel concetto, fuori dal quadro specifico qui rilevante, le considerazioni di P. Lalive, *Réflexions sur un ordre public culturel*, in E. Wyler, A. Papaux (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone Paris, 1999, pp. 155-185, spec. p. 161 ss.

⁵⁶ *Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, 754 F.3^d 712. Il caso è commentato, tra l'altro da E. Jayme, *Narrative Norms in Private International Law*, cit., p. 20.

⁵⁷ Su quel caso cfr. M. Frigo, *Il quadro giuridico internazionale in tema di restituzione dei beni culturali spogliati alle famiglie ebraiche: quale spazio per i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie?*, *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. 1-2 2018 (recte: 2019), pp. 159-169, a p. 159, con ulteriori rifeimenti; B. Cortese, *La restituzione dei beni d'arte...*, cit., p. 153, ivi ulteriori riferimenti.

⁵⁸ *Cour d'appel de Paris, arrêt du 2 octobre 2018, no. 17/20580*, discusso da E. Jayme, *La provenienza taciuta...*, cit., p. 186.

internazionalmente imperativa, espressione sul piano interno dell'obbligo internazionale di non riconoscimento enunciato con forza dalla Dichiarazione Interalleata del 1943⁵⁹.

Venendo, più estesamente, al contributo offerto dalla recente giurisprudenza delle supreme corti italiane, il riferimento è a due pronunce che si intrecciano, per profili diversi, in relazione a questioni di restituzione in senso stretto ed in senso ampio collegate ai medesimi eventi di spoliazione di due importanti collezioni fiorentine, rese dalla Corte Suprema di Cassazione nel giugno 2019⁶⁰ e dal Consiglio di Stato, nell'agosto 2013⁶¹. Di questi casi varrà la pena di dare conto in qualche dettaglio nel prosieguo, perché rappresentano, complessivamente considerati, un punto di svolta nel diritto *vivente* applicato dalle supreme giurisdizioni italiane.

20. I casi delle collezioni *Loeser e Perkins* di fronte alla Cassazione

È opportuno qui partire dall'analisi della sentenza con cui la Cassazione si esprime sulle questioni di restituzione in senso stretto dei dipinti *Santa Caterina d'Alessandria* di Bernardo Strozzi, appartenuto prima della guerra alla collezione fiorentina del magnate Charles Loeser, e *Ritratto di Vittoria della Rovere*, attribuito a Justus Sustermans⁶² ed appartenuto, prima della guerra, ad un altro ricco collezionista, studioso e mecenate di origine statunitense, Mason Perkins, che quel quadro aveva donato alla Diocesi di Assisi. La questione direttamente oggetto del giudizio della suprema corte è quella relativa alla proprietà di quei dipinti, che opponeva la nipote ed erede del Loeser, la Sig.ra Philippa Calnan, e la Diocesi di Assisi, da un lato, all'attuale detentore, il figlio ed erede di un ufficiale nazista austriaco nelle cui mani i dipinti era giunti (asseritamente) dopo la guerra e nel cui possesso erano rimasti, senza titolo alcuno, per decenni.

La sentenza resa dalla Cassazione conferma le sentenze rese dalle corti civili di merito milanesi, che avevano negato il valido acquisto della proprietà da parte del detentore, riconoscendo il diritto degli aventi causa degli spoliati (cui nei frattempo i dipinti erano comunque già stati affidati con provvedimento della magistratura inquirente, reso nel collegato giudizio penale contro il detentore ed il suo avvocato/rappresentante, tramite il quale i dipinti erano stati offerti alla vendita alla filiale italiana della casa d'aste Sotheby's)⁶³.

Il ragionamento svolto dalla Cassazione è la dimostrazione di concreta operatività di un principio ermeneutico (ma imperativo) con cui si assicura la prevalenza delle esigenze di restituzione rispetto a quelle di stabilità delle relazioni giuridiche. Il percorso seguito consiste nell'applicare, in un contesto in cui si discute dell'applicabilità del diritto italiano o invece di quello austriaco, canoni ermeneutici chiaramente orientati a neutralizzare qualsiasi esito differente da quello imposto dal (pur non evocato) diritto internazionale, quale che sia il diritto interno applicabile secondo le regole comuni del diritto internazionale privato.

È centrale, infatti, l'accertamento presuntivo, operato dalla Corte milanese e non censurato dalla Cassazione, secondo cui il possessore *sine titulo* di quei dipinti razzati nel periodo dell'occupazione nazista non poteva, senza colpa grave, ignorare che "era in circolazione, anche in Europa, un numero

⁵⁹ Su quella dichiarazione e sui suoi legami con altri elementi della prassi internazionale v. B. Cortese, La restituzione dei beni d'arte..., cit., p. 130. Più estesamente nel contesto di un'analisi esclusivamente internazionalistica A. F. Vrdoljak, Genocide and Restitution: Ensuring Each Group's Contribution to Humanity, *European Journal of International Law*, 22, 1, 2011, pp. 17-47, spec. p. 25 ss.

⁶⁰ Cassazione civile, sez. II, sentenza 14 giugno 2019, n. 16059, ECLI:IT:CASS:2019:16059CIV, non pubblicata ma accessibile attraverso il servizio DeJure.

⁶¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 6 agosto 2013, n. 4112, ECLI:IT:CDS:2013:4112SENT, accessibile al sito giustizia-amministrativa.it.

⁶² Sulla vicenda processuale si veda la nota di G. Magri, Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate, *Aedon*, 2020, doi: 10.7390/97465.

⁶³ Sul cui ruolo positivo nella vicenda si veda *supra* la nota 35.

considerevole di opere d'arte sottratte ai legittimi proprietari nella fase finale della Seconda Guerra Mondiale"⁶⁴.

In secondo luogo, la sentenza, con l'affermazione di una colpa grave presuntiva per il soggetto che acquista *sine titulo* i beni d'arte passati di mano nel periodo successivo alla fine della seconda guerra mondiale, e con la conferma della qualificazione del possesso come clandestino per non essere reso pubblico con modalità adeguate alla natura e al pregio del dipinto⁶⁵, non solo esclude l'operare dell'usucapione nel caso di specie, ma altresì depotenzia in prospettiva una delle singolarità del diritto italiano maggiormente problematiche in materia: il regime dell'art. 1153 c.c., che consente all'acquirente *sine titulo* in buona fede di divenire proprietario anche della cosa rubata⁶⁶.

La conseguenza di quelle due statuizioni di principio è l'impossibilità di invocare, a giustificazione del possesso di un bene d'arte trafugato, una proprietà acquisita *sine titulo* o nell'immediatezza dell'acquisizione del possesso, o per il decorso del tempo legato ad un possesso non clandestino, e ciò a prescindere dall'applicazione del diritto italiano o di quello austriaco.

Si tratta, a mio modo di vedere, di un passaggio decisivo nella giurisprudenza italiana rilevante per apprezzare gli effetti dei *Washington Principles*, per vari motivi.

Anzitutto, si tratta di una sentenza con cui si affrontano, unitariamente, questioni di restituzione legate alle due categorie di crimini internazionali coperte dai Principi: la persecuzione degli ebrei e il saccheggio di opere d'arte comunque posto in essere in violazione del diritto internazionale bellico dalle forze occupanti. Il dipinto di Strozzi era infatti di proprietà dei familiari del Loeser, esiliati in Svizzera per sfuggire alle persecuzioni fasciste nei confronti degli ebrei. In loro assenza, i loro beni erano stati acquisiti dallo stato fascista tramite l'EGELI, per essere infine trafugati nel periodo di occupazione nazista con il diretto coinvolgimento dei collaborazionisti della RSI. Il dipinto del Sustermans, invece, era stato trafugato dagli occupanti dalla proprietà del Perkins, dove pure era già in regime di sequestro per provvedimento prefettizio e vi si trovava formalmente affidato all'EGELI, ma ciò in quanto proprietà di cittadino di Stato nemico, senza che le persecuzioni antiebraiche inserite nel disegno genocida nazifascista avessero qui alcun ruolo.

In secondo luogo, emerge con forza nella sentenza della Cassazione l'obiettivo prioritario di dare una soluzione *just and fair* a quelle controversie, anche tramite lo sviluppo di principi di diritto *speciali* (fuori cioè dal normale operare delle regole di diritto comune) destinati a trovare applicazione nella gestione di casi analoghi. In questo modo, si tiene adeguatamente conto degli *unavoidable gaps and ambiguities* nella provenienza e delle circostanze della *Holocaust* era, incoraggiando indirettamente gli eredi a presentare domande di restituzione, quando i beni sottratti ai loro danti causa riemergano dall'oblio della sottrazione. Seppur sotto traccia, si vede qui l'importanza tanto del Principio 8, quanto dei Principi 4 e 7 enunciati dalla *Washington Conference*. La bontà delle soluzioni offerte dalla Cassazione si scontra però con la timidezza della suprema corte nel far riferimento alla sistematica internazionalistica (ed internazionalprivatistica) nelle motivazioni

⁶⁴ Cassazione civile, sentenza n. 16059/2013, cit., punto 9.1.

⁶⁵ La Cassazione conferma il principio secondo cui, perché il possesso sia esercitato pubblicamente, in relazione ad un bene artistico di pregio, si richiede altro che l'esposizione del dipinto trafugato in un salone delle feste, dove quel possesso è comunque manifestato solo a chi appartiene alla cerchia sociale del possessore. In particolare, il possesso *pubblico* di un bene d'arte richiederebbe "l'esposizione a mostre" (evidentemente adeguate alla caratura del bene) o "l'inserimento in pubblicazioni specializzate" (par. 10.1 della sentenza).

⁶⁶ Per il diverso regime tedesco, con l'esclusione dell'acquisto *sine titulo* delle *abhanden gekommene Sachen* ai sensi del § 935 BGB, in relazione specificamente al mercato dell'arte e alle questioni di restituzione dei beni trafugati dai nazisti si veda E. Jayme, *La provenienza taciuta...*, cit., specie alle p. 188 ss. per quanto attiene al venir meno dell'eccezione, fino all'entrata in vigore del *Kulturgutsschutzgesetz* 2018, consistente nella possibilità di valido acquisto *sine titulo* di quei beni tramite vendita all'asta. Per una discussione del regime italiano e della sua problematica applicazione ai beni d'arte, anche alla luce degli obblighi internazionali, si veda G. Magri, *Beni culturali e acquisto a non domino*, *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 741-766; ivi p. 765 anche alcuni riferimenti al panorama comparato.

di quell'importantissima sentenza, che si apre così alle critiche di alcuni commentatori⁶⁷. Critiche ingiustificate, si badi, perché trascurano di considerare che, in relazione a quei beni, anche la giurisprudenza – e in particolare la giurisprudenza di legittimità, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica – è tenuta ad un'interpretazione del diritto applicabile che assicuri il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato. Ciò vale in particolare degli obblighi di riparazione e di non riconoscimento dei crimini internazionali, data la loro importanza fondamentale nel quadro del diritto internazionale, per il cui rispetto il giudice può essere chiamato ad individuare norme speciali, o financo concrete, di ordine pubblico internazionale, la cui applicazione si impone a prescindere dal concreto contenuto del diritto “comune” applicabile.

21. *La just and fair solution in relazione all'esportazione di un dipinto restituito: La Santa Caterina d'Alessandria di fronte al Consiglio di Stato*

Quella timidezza non si trova, invece, nella collegata e più recente sentenza del Consiglio di Stato, resa nel 2019 nella controversia tra la proprietaria del dipinto di Strozzi, la Sig.ra Calnan, figlia dei proprietari al tempo della spoliazione e nipote del collezionista Charles Loeser, e la Soprintendenza milanese, che aveva rifiutato il permesso di esportazione del bene ritrovato. La controversia su cui si pronuncia il massimo organo della giurisdizione amministrativa italiana è relativa, evidentemente, ad un atto amministrativo. Tuttavia essa presuppone la soluzione anche di questioni di tipo civilistico. Il contendere riguarda infatti la durata di un regime speciale di libera esportabilità di quel dipinto, che era la conseguenza dell'accettazione, da parte dello Stato italiano, di un legato modale a favore del Comune di Firenze. Alla città di cui si sentiva oramai parte il Loeser aveva infatti donato, all'inizio degli anni trenta, una parte importante della sua collezione, condizionando però il legato ad un regime di libera esportabilità della parte rimanente della collezione, compreso il dipinto dello Strozzi.

Il ragionamento del Consiglio di Stato è dunque particolarmente interessante perché esprime, con grande consapevolezza, la necessità di interpretare il diritto interno, sia amministrativo sia civile, con la “flessibilità”⁶⁸ richiesta dagli obblighi internazionali di riparazione dello Stato e, pur senza nominare l'istituto, dagli obblighi di non riconoscimento dei crimini internazionali commessi prima dal Regno d'Italia fascista e poi dai nazisti occupanti e dalle autorità italiane collaborazioniste.

In relazione al principio generale amministrativistico della rimessione in termini, il Consiglio di Stato ne afferma una “specificazione ricostruttiva” – ed individua dunque la concreta *regula juris* applicabile alla controversia – come *necessaria* conseguenza della “lesione di diritti fondamentali e dello *jus cogens* della Comunità internazionale”. Esplicita è dunque la considerazione del diritto internazionale cogente e degli obblighi secondari conseguenti alla sua violazione da parte dell'Italia e delle autorità collaborazioniste; evidente e necessaria conseguenza, pur non menzionata, è il rispetto anche degli obblighi di non riconoscimento dei crimini nazisti. Da quelle fonti internazionalmente imposte sorge, nell'ordinamento interno, una concreta norma di ordine pubblico *positivo*, direttamente rilevante nella soluzione della controversia.

Altrettanto esplicita è, nella sentenza della suprema corte amministrativa, anche la menzione della necessaria “correzione” delle norme civilistiche applicabili alla fattispecie di diritto ereditario che costituisce il presupposto dell'atto amministrativo impugnato. Quell'atto, conformemente

⁶⁷ Tra cui G. Magri, Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate, *Aedon*, 2020, doi: 10.7390/97465, che critica in particolare la qualificazione del possesso nel caso di specie quale “clandestino”, nonostante l'esposizione di quel dipinto in una sala di ricezione di un'impresa di assicurazioni austriaca, di cui la famiglia del detentore era titolare.

⁶⁸ L'esplicita menzione della “flessibilità” da accordare al regime di libera esportabilità “a cagione dell'antica sottrazione” è contenuta a p. 6, penultimo capoverso, del testo della sentenza come pubblicato nella banca-dati ufficiale della Giustizia amministrativa.

all'originaria volontà espressa dallo Stato nell'accettare il legato modale, deve infatti leggersi alla luce della disciplina posta dal testatore. Questa va però interpretata alla luce delle circostanze sopravvenute, che ne hanno alterato il funzionamento: si deve allora tener conto sia della "depredazione del 1944", sia della "responsabilità dello Stato italiano rispetto alla esigenza di tutela dei diritti fondamentali". La tutela di quei diritti, afferma in sostanza il Consiglio di Stato, è imposta da norme cogenti del diritto internazionale generale, che impongono altresì di non riconoscere effetto all'adozione di una normativa discriminatoria, che priva un gruppo di individui di quei diritti in ragione della *razza* cui essi appartenerebbero. A quegli obblighi il nostro ordinamento si conforma al suo massimo livello, in forza della previsione dell'art. 10 della Costituzione⁶⁹.

All'operare delle norme comuni, completate dall'odioso diritto discriminatorio del Regno d'Italia fascista, è opposta dunque un'eccezione – data dall'operare di un principio di ordine pubblico *negativo*, che rende inaccettabile considerare il decorso del termine nel periodo della discriminazione e persecuzione delle famiglie ebraiche, o in ogni caso qualificate tali dal diritto del Regno d'Italia fascista.

22. Conclusioni

In conclusione, una lettura della *international soft law* in materia di restituzione delle opere d'arte depredate dai nazisti – ed *in primis* dunque dei *Washington Principles* – non può che operarsi nel contesto degli obblighi internazionali di restituzione e non riconoscimento dei crimini internazionali, in relazione ai quali quella *soft law* è stata formulata.

Quando i fatti rilevanti in una determinata controversia o situazione portino ad affermare l'applicabilità, in concreto, degli obblighi internazionali suddetti, i *Washington Principles* forniscono utili elementi all'interprete chiamato ad affrontare una questione relativa alla restituzione, per trovare (nel diritto interno) quelle strade di "flessibilità" e di "equità" dell'agire giuridico, necessarie a raggiungere una soluzione in linea con gli obblighi internazionali dello Stato.

La "traduzione" in termini giuridici del fondamentale carattere di iniquità ed inadeguatezza della situazione di non restituzione implica, in particolare, il riconoscimento che, per le opere d'arte "passate di mano" nelle circostanze di spazio e di tempo cui si riferiscono i Principi, vale un dubbio di fondo sulla liceità degli atti o fatti che portarono al cambiamento del controllo di fatto, ma anche eventualmente della formale titolarità, di quei beni.

Di fronte a quel dubbio, il normale operare del principio di stabilità delle situazioni giuridiche e delle regole che ne sono concreta espressione nei diversi ordinamenti giuridici nazionali non porta a soluzioni soddisfacenti e rischia di perpetuare l'ingiustizia⁷⁰.

Quando la questione rientri concretamente nel quadro dell'obbligo di riparazione di diritto internazionale generale, il superamento dell'applicabilità dei principi di diritto interno che favoriscono la stabilità delle situazioni giuridiche e ostacolano una concreta restituzione dell'opera d'arte contesa è oggetto di uno specifico obbligo internazionale, avente ad oggetto il caso concreto. E quell'obbligo, va sottolineato, ...non si prescrive. Cosicché, ove quell'obbligo sia dato, è necessario trovare, nel diritto interno, la strada per il superamento degli istituti che, al passare del tempo, determinino un consolidarsi della situazione illecita, trasformandola in una tutelata dal diritto.

⁶⁹ Si sviluppa nel testo il senso del passaggio contenuto a p. 7, ultimo capoverso, della citata sentenza, cui si riferiscono anche i passaggi virgolettati riportati subito sopra.

⁷⁰ Vi è chi ha plasticamente parlato di "seconda persecuzione" per il ruolo (inadeguato) del diritto italiano nella vicenda delle restituzioni, segnalando il ruolo "del diritto, come legittimazione del male, nella prima fase, e del diritto come legittimazione dell'umiliazione, nella seconda fase": G. Alpa. La vicenda delle restituzioni, in *Cultura e Diritti*, 2018, n. 3., p. 15, DOI 10.12871/97888331804032.

La strada per giungere a quel risultato può essere quella di un'applicazione *orientata* in tal senso delle norme privatistiche o pubblicistiche applicabili, come nel caso delle decisioni della Cassazione e del Consiglio di Stato nel caso della *Santa Caterina d'Alessandria*.

Oppure, ancora, la strada potrà essere quella di una cancellazione degli effetti civilistici delle norme odiose la cui applicazione, seppur indiretta, comporterebbe il perpetuarsi dell'ingiustizia, come nel ragionamento del Consiglio di Stato in quello stesso caso.

Ulteriormente, il risultato richiesto dal diritto internazionale e richiamato in funzione narrativa dai *Washington Principles* potrà ottenersi tramite l'applicazione di norme speciali di applicazione necessaria, espressione dell'ordine pubblico *positivo* del foro. La possibilità di riconoscere l'operare di norme speciali di ordine pubblico positivo consente infatti di dare ad una specifica controversia una soluzione che sia pienamente in linea con gli obblighi internazionali dello Stato, in piena coerenza con i meccanismi di produzione giuridica per rinvio che caratterizzano l'adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi di fonte internazionale generale – l'art. 10 della Costituzione – o a quelli di fonte internazionale pattizia. È quest'ultimo il caso, come ho messo in evidenza in un altro studio, del decreto legislativo luogotenenziale 5 maggio 1946, n. 601, interpretato alla luce degli articoli 75 e 78 del Trattato di Pace e della Dichiarazione Interalleata del 1943⁷¹.

Ciò posto, va però anche constatato che, nella estrema variabilità delle situazioni che possono avere interessato un dato bene d'arte nel periodo del dominio nazifascista e nei decenni seguenti alla sua uscita dal controllo degli originari proprietari, le fattispecie concrete potrebbero non risultare sempre così univoche, come nelle situazioni considerate dalle giurisdizioni italiane e straniere di cui s'è dato conto qui sopra.

Possono darsi situazioni in cui, seppure il dato storico della persecuzione e del genocidio abbiano un legame incontestabile con la perdita del controllo degli originari proprietari su un certo bene artistico, risulterà comunque non agevole qualificare la situazione degli attuali detentori come priva di un valido titolo di proprietà (o dell'apparenza di buona fede di quel titolo). Ciò può accadere ad esempio perché vi sia stato un iniziale atto di disposizione di quel bene che, pur adottato per conseguenza indiretta della persecuzione, non mostrasse inequivocabilmente all'esterno un carattere antigiuridico.

In casi del genere la "restituzione" auspicata dai *Washington Principles* e dalla successiva *soft law* che si è sovrapposta a questi non avrà più un esito necessariamente corrispondente alla ricostituzione dello *status quo antea*.

Anche in quei casi, però, vale l'impegno non solo morale dei soggetti coinvolti nell'adozione di quella *soft law* a favorire una soluzione equa.

Sarà, in quei casi, particolarmente utile il ricorso a quei meccanismi alternativi di soluzione delle controversie evocati nei due principi finali. In tale contesto si può senz'altro aderire all'impostazione secondo cui non solo l'arbitro, ma anche il mediatore è tenuto a prendere in considerazione (e ad applicare, quando si esprime in regole positive) l'ordine pubblico⁷². Oltre a ciò, anche in quei casi si dovrebbe chiedere agli Stati e ai loro organi eventualmente coinvolti in quelle situazioni un impegno concreto per il raggiungimento di una soluzione equa. Questa potrà in particolare comportare l'impiego di risorse pubbliche per un indennizzo. Dovrà in ogni caso contribuire alla costruzione di una memoria condivisa che ricostituisca la dignità delle vittime e aiuti, nel consolidamento della memoria dei passati crimini, ad evitare il loro ripetersi.

⁷¹ B. Cortese, *La restituzione dei beni d'arte...*, cit., pp. 132 ss e 146 ss.

⁷² C. Kessedjian, *Le tiers impartial et indépendant en droit international*, Cours general de droit international, *Recueil des Cours, de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 403, 2019, pp. 49-645, p. 204.