Penale Sent. Sez. 3 Num. 22 Anno 2019
Presidente: RAMACCI LUCA
Relatore: GENTILI ANDREA
Data Udienza: 30/11/2018

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

CLARK Stephen, in qualità di legale rappresentante del J. P. Getty Trust;

avverso la ordinanza n. 35-2016 SIGE del Tribunale di Pesaro del 8 giugno 2018;

letti gli atti di causa, la ordinanza impugnata e i ricorsi introduttivi;

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. Andrea GENTILI;

letta la requisitoria scritta del PM, in persona del Sostituto Procuratore generale Dott.ssa Maria Francesca LOY, il quale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1.1 - Premessa la natura meramente e sommariamente ricognitiva della presente esposizione, essendo riservata la più puntuale illustrazione delle diverse ragioni addotte dalle parti a sostegno delle rispettive posizioni e la valutazione operata su di essa da questa Corte alla successiva trattazione in diritto, si rileva, in punto esclusivamente di fatto, che il Tribunale di Pesaro, originariamente adito dal locale Pubblico ministero quale giudice della esecuzione penale (dopo che con precedente decreto del 10 novembre 2007 il Giudice per le indagini preliminari del citato Tribunale aveva disposto l'archiviazione del procedimento penale a carico di Pirani Romeo, Ferri Guido, Barbetti Pietro, Berbetti Fabio e Barbetti Giacomo, tutti imputati fra l'altro, in concorso con tali Hertzer Heinz e Carrit David, del reato previsto e punito dall'art. 66 della legge n. 1089 del 1939 – ora art. 174 del dlgs n. 42 del 2004 - per avere, in concorso fra loro preparato, organizzato ed infine effettivamente provveduto alla materiale esportazione al di fuori dei confini dello Stato della antica statua di cui meglio *infra* ed aveva contestualmente rigettato la richiesta di confisca della predetta statua) con ordinanza resa in data 8 giugno 2018 ha rigettato la opposizione proposta da Clark Stephen, in qualità di legale rappresentante del J. P. Getty Trust, assistito dai propri difensori fiduciari, avverso la precedente ordinanza, datata 11 febbraio 2010, con la quel era stata disposta la confisca, ritenuto trattarsi di provvedimento la cui adozione era imposta dalla legge, in favore dello Stato Italiano di una statua di bronzo, datata attorno al quarto secolo avanti Cristo, autorevolmente attribuita allo scultore greco Lisippo di Sicione, raffigurante un atleta nell'atto di cingere sul capo la corona spettante al vincitore degli agoni, comunemente denominata per tale ragione "l'atleta vittorioso", ed a, pertanto, confermato il provvedimento ablatorio penale.

2.1 - Avverso la predetta ordinanza ha interposto due distinti ricorsi per cassazione, redatti dai propri difensori fiduciari avv.ti Rimini e Gaito, il Clark, nella ricordata qualità, contestando - sulla scorta dell'interesse ad impugnare promanante dal fatto, che, come sarà *infra* illustrato, la predetta statua ellenistica si trova attualmente, e da tempo, custodita presso il Museo californiano J. P. Getty di Malibu - la legittimità della ordinanza in questione in ragione di un'articolata messe di argomenti difensivi, il cui contenuto sarà di seguito meglio riferito.

2.2 - Avendo il Procuratore generale presso questa Corte di cassazione rassegnato le proprie conclusioni scritte, formulate nel senso della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

infondatezza dei ricorsi, con atto del 9 ottobre 2018, la difesa del ricorrente ha depositato due corpose memorie illustrative in replica, l'una a firma dell'avv.to Rimini l'altra a firma dell'avv. Gaito, cui ha fatto seguito, in data 26 novembre 2018, una integrazione del Procuratore generale alla precedente requisitoria.

Va, peraltro, rilevato che, *medio tempore*, una delle difese dell'originario ricorrente aveva depositato una altra memoria contenente, secondo la intestazione di essa, motivi definiti nuovi, nella quale. oltre ad ulteriormente illustrare le ragioni della impugnazione, ha, in particolare, segnalato le ricadute che, in ordine alla legittimità del provvedimento impugnato, sarebbero derivate dall'avvenuto recente deposito da parte della Corte EDU della sentenza emessa dalla *Grande Chambre* di tale organismo giurisdizionale sovranazionale nella causa GIEM ed altri contro Italia.

A tale memoria aveva, a sua volta replicato, la Procura generale presso questa suprema Corte con atto del 13 novembre 2018, deducendo la inconferenza rispetto al caso in esame dei principi espressi dalla Corte di Strasburgo nella ricordata occasione.

Deve ancora rilevarsi che il materiale sottoposto all'attenzione di questo Collegio è stato ulteriormente arricchito da una memoria, depositata in data 14 novembre 2018, del Ministero per i beni e le attività culturali, rappresentato e difeso per legge dalla Avvocatura generale dello Stato, che già era stato presente nel giudizio svoltosi di fronte al Tribunale di Pesaro in funzione di giudice della esecuzione, nonché da una ulteriore memoria, sempre del ricordato Ministero, depositata in data 23 novembre 2018, con la quale sono state formulate osservazioni in replica ai ricordati motivi nuovi rassegnati dalla difesa del J. P. Getty Trust, e da ulteriori note illustrative con la quali, congiuntamente, i difensori del ricorrente hanno replicato alla prima memoria redatta dalla Avvocatura erariale e, infine, da una istanza, pervenuta come la precedente memoria in data 23 novembre 2018, con la quel le difese del Clark, nella ricordata qualità, formulavano richiesta di trattazione del presente giudizio nelle forme della udienza pubblica, e non nelle forme di cui all'art. 611 cod. proc. pen., e sollecitavano, altresì, questa Corte a sollevare, in via alternativa al mutamento del rito, questione di legittimità costituzionale degli artt. 611 e 666 cod. proc. pen., indicando quale parametro di costituzionalità l'art. 117 della Costituzione.

3.1 - Alla udienza fissata del 30 novembre 2018 la causa è stata decisa nei termini che saranno di seguito illustrati.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 - I due ricorsi presentati nell'interesse del J. P. Getty Trust, soggetto cui è riconducibile ogni attività svolta dal Museo J. P. Getty di Malibu, (di tal che di seguito, ove non diversamente precisato, ci si riferirà ad esso tramite la dizione "Getty Museum"), sono risultati complessivamente infondati e, pertanto, gli stessi debbono essere rigettati.

2.1 - E' opportuno premettere, stante la particolare complessità di tutta la vicenda che si staglia sullo sfondo della presente controversia, una ulteriore - sia pure diversamente finalizzata e strutturata rispetto a quella contenuta nella precedente trattazione "in fatto" - ricostruzione della vicenda, che non ne trascurerà negli auspici del Collegio anche gli articolati profili giurisdizionali già svoltisi, onde coglierne, anche nel loro singolare sviluppo diacronico che a molteplici livelli ha occupato diversi uffici giudiziari, nazionali ed esteri, per un periodo complessivamente superiore al mezzo secolo, i peculiari, se non unici, aspetti sia materiali che giuridici.

2.2 - Fonti immediate di tale ricostruzione - ove si volesse procedere, anche in ossequio alla particolare natura del presente giudizio per come la stessa emerge in ragione della singolarità dell'oggetto da essa riguardato, ad una sorta di filologica *Quellenkunde* – sono offerte dai provvedimenti giurisdizionali emessi nelle numerose ed articolate precedenti fasi dell'attuale giudizio e degli altri giudizi a questo oggettivamente connessi ed in particolare, quali fonti più immediate e dirette, nelle due ultime decisioni, si tratta di un'ordinanza e di una sentenza rispettivamente recanti il n. 24356 del 2014 ed il n. 49317 del 2015, già emesse da questa Corte nell'ambito della presente vicenda giudiziaria (ve ne è anche un terza, la n. 6558 del 2011 in cui, tuttavia, la Corte si è limitata ad una riqualificazione dell'atto impugnatorio nell'occasione proposto di fronte ad essa ed una quarta, la n. 15141 del 2011, in cui la Corte di cassazione si è limitata a prendere atto dell'avvenuta rinunzia da parte dell'allora ricorrente, si trattava dello stesso Clark, al ricorso allora in scrutinio).

2.3 - Pertanto, la vicenda pregressa può essere riassunta, quanto agli aspetti rilevanti, nei termini che seguono:

nell'estate del 1964 una statua in bronzo, apparentemente risalente ad epoca della tarda classicità greca, fu agganciata in acqua, nel mare Adriatico in un tratto antistante la costa di Pedaso, con le reti da alcuni pescatori che si trovavano a bordo di due motopescherecci (indubbiamente appartenenti alla

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

marineria nazionale e comandati dai sigg. Pirani e Ferri) intenti a svolgere la pesca con il metodo cosiddetto "a strascico";

questa statua, fu dapprima issata a bordo di una delle due imbarcazioni e quindi portata a terra presso il porto di Fano senza essere denunciata alle autorità competenti e nascosta presso l'abitazione del sig. Felici, amico di Ferri, in località Carrara di Fano;

ceduta di lì a poco ai sigg. Barbetti, imprenditori ed antiquari, la statua fu trasferita a Gubbio e nascosta presso l'abitazione di un sacerdote, don Giovanni Nagni, fino al mese di maggio 1965;

nel frattempo, infatti, nel mese di aprile 1965 era pervenuta ai Carabinieri la notizia di un viaggio effettuato dai sigg. Barbetti in Germania per vendere una statua di valore ed erano state poco dopo eseguite inutilmente attività di perquisizione domiciliare in danno dei presunti possessori;

le indagini in corso ad opera della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia avevano ipotizzato a carico dei sigg. Pietro, Fabio e Giacomo Barbetti e del sacerdote don Giovanni Nagni il reato di ricettazione in relazione al reato *ex* art.67 della legge n. 1089 del 1939, quale puniva l'indebito impossessamento delle "cose di antichità o d'arte" rinvenute fortuitamente;

il procedimento instaurato si concluse, in una sua prima fase, con l'assoluzione di tutti gli imputati ad opera del tribunale di Perugia e con la successiva condanna ad opera della Corte di appello di Perugia, sull'impugnazione del Pubblico ministero, per i reati di ricettazione (sigg. Barbetti) e favoreggiamento (don Nagni);

sull'impugnazione della parti private, la Corte di cassazione annullò la sentenza con rinvio alla Corte di appello di Roma che, con sentenza dell'8 novembre 1970, definitivamente assolse gli imputati per assenza di prove del reato *ex* art.67 della legge n. 1089 del 1939, reato presupposto dell'ipotesi di ricettazione;

secondo i giudici dell'appello capitolino difettavano le prove circa la materialità dei fatti (natura del reperto e luogo di rinvenimento);

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

nel frattempo, nel periodo maggio-giugno 1965, la statua era stata ceduta ad altra persona, verosimilmente di Milano e se ne persero momentaneamente le tracce;

secondo le dichiarazioni in atti, la statua fu vista nel 1972 in Monaco di Baviera presso l'antiquario Heinz Herzer e nel 1973 i Carabinieri ebbero in Monaco diretta conferma della circostanza, ma non poterono né visionare la statua né acquisirne una immagine;

sulla base di tali elementi la Pretura di Gubbio iscrisse nel registro delle notizie di reato un nuovo procedimento, rubricato sotto il reato di esportazione clandestina di opere d'arte, e quindi dette corso ad attività rogatoriale che le autorità di monacensi non accolsero in quanto il reato ipotizzato non era incluso fra quelli che potevano dare origine ad estradizione, con la conseguenza che le medesime autorità germaniche nel corso del 1974 disposero l'archiviazione del procedimento avviato e restituirono il sig. Heinz Herzer nella disponibilità dell'opera;

medio tempore i Carabinieri avevano acquisito le dichiarazioni di un commerciante di Imola, tale Renato Merli, che nel 1964 aveva visionato la statua presso coloro che l'avevano rinvenuta in mare ed era stato a conoscenza della successiva vendita di essa ai sigg. Barbetti.;

acquisita presso il Merli una fotografia da lui posseduta riproducente la statua nello stato in cui si trovava non appena riportata all'asciutto, quindi ancora coperta delle concrezioni marine, e ricevute da lui le indicazioni sui soggetti coinvolti e sentiti i comandanti dei due motopescherecci, i Carabinieri ebbero notizia da questi che la statua era stata rinvenuta poco a largo di Pedaso, Comune in provincia di Ascoli Piceno;

sulla base delle nuove attività rogatoriali ordinate, l'autorità giudiziaria di Gubbio ricevette informazioni sul fatto che la statua era stata ceduta nel 1974 dal sig. Heinz Hentzer alla società *"Artemis"* di Lussemburgo tramite la filiale di questa, *"David Carritt Ltd"*, di Londra;

sulla base di ulteriori indagini svolte negli Stati Uniti d'America, ove la statua era nel frattempo pervenuta, presso il Paul Getty Museum, nel marzo del 1978 i Carabinieri informarono l'autorità giudiziaria di Gubbio che la statua aveva fatto ingresso in territorio statunitense tramite il porto di Boston con bolletta datata 15 agosto 1977, spedita dalla società Artemis; la statua era rimasta per un breve periodo al Museo delle Belle Arti di Boston

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

(Massachussetts), quindi trasferita al Museo di Denver (Colorado) e finalmente al Paul Getty Museum di Malibù (California);

la sostanza di tali notizie fu confermata alle autorità britanniche dal sig. David Carritt che, dopo avere precisato di non essere in possesso di alcuna documentazione, riferì che dopo l'acquisto della statua questa fu inviata da Artemis per il restauro al Museo delle Antichità Classiche di Monaco, dove rimase circa due anni, e quindi riportata a Londra a seguito dell'avvio di trattative col sig. Paul Getty fino a che il Getty Museum, peraltro dopo l'avvenuto decesso del noto imprenditore statunitense, provvide all'acquisto e nell'agosto 1977 fece arrivare la statua negli Stati Uniti attraverso il porto di Boston;

dopo che le autorità giudiziarie inglesi (non avendo la Gran Bretagna aderito alla Convenzione Unesco in materia di protezione delle opere d'arte del 1970) e quelle statunitensi (ritenuti carenti i requisiti legali) avevano rigettato le ulteriori istanze rogatoriali, il Pretore di Gubbio, con provvedimento del 25 novembre 1978, dispose non luogo a procedere in ordine ai fatti di illecita esportazione del reperto artistico per essere rimasti ignoti gli autori del reato;

sulla base di nuove informazioni nel corso dell'anno 2007 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pesaro dette corso a un nuovo procedimento (rubricato sotto il n. 2042/07 R.G.N.R.) in cui si ipotizzavano a carico dei sigg. Pirani e Ferri e dei sigg. Pietro, Fabio e Giacomo Barbetti i reati previsti dall'art. 110 cod. pen., in relazione all'art.66 della legge n. 1089 del 1939 (come da ultimo sostituito dall'art.174 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42), art. 483 cod. pen. o artt.482, 476 cod. pen. e, a carico dei soli Pirani e Ferri, i reati previsti dagli artt. 510, 511 e 1146 codice della navigazione, artt. 46-68 della legge n.1089 del 1930 e art.97 e seguenti della legge n.1424 del 1940;

sempre nel corso del 2007, il Pubblico ministero pesarese nel richiedere l'archiviazione del procedimento, risultando i reati estinti per prescrizione, ha, altresì, chiesto al Giudice delle indagini preliminari che disponesse comunque la confisca *ex lege* della statua in relazione al disposto dell'art.66 della legge n. 1089 del 1939 e successive modificazioni e delle norme in tema di contrabbando, trattandosi di norme espressamente richiamate dalle precedenti;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

con decreto in data 19 novembre 2007 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Pesaro ha disposto l'archiviazione del procedimento sopra descritto per essere tutti i reati in esso ipotizzati coperti da prescrizione;

in tale contesto ha anche respinto la richiesta di confisca della statua in quanto gli attuali possessori della stessa, e cioè i responsabili del Getty Museum, dovevano essere considerati, ad avviso del Gip del Tribunale di Pesaro, estranei al reato *ex* art.66, legge citata;

avverso tale ultimo punto della pronuncia, il Pubblico ministero ha proposto incidente di esecuzione *ex* artt.676 e 667, comma 4, e 666 cod. proc. pen. e il Giudice delle indagini preliminari, in funzione di giudice dell'esecuzione penale, integrato il contraddittorio fra le parti interessate, ha ordinato con provvedimento del 10 febbraio 2010 la confisca della statua "ovunque essa si trovi";

l'ordine di confisca è stato una prima volta impugnato dal sig. Stephen Clark mediante ricorso avanti la Corte Suprema di cassazione, che con la sentenza n, 6558 del 22 febbraio 2011 ha qualificato il ricorso come opposizione *ex* art. 667, comma 4, cod. proc. pen. ed ha disposto la trasmissione al Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Pesaro;

detto organo giudiziario, integrato il contradditorio, ha acquisito la documentazione prodotta e sentito lo stesso sig. Clark, e quindi all'udienza del 28 febbraio 2012 ha riservato la decisione;

l'ordinanza con la quale era stata confermata la disposta confisca del bene è stata depositata in data 3 maggio 2012;

per la cassazione dell'impugnata decisione la difesa del Getty Museum ha depositato in data 30 maggio 2012 atto di ricorso, sollevando diversi motivi di impugnazione, il cui contenuto non è ora necessario esaminare, in quanto è opportuno immediatamente segnalare che, nel corso del giudizio scaturito da tale ricorso, con ordinanza n. 24356 depositata il 10 giugno 2014, questa Corte ha sollevato, in riferimento agli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 666, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen., "nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica";

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

la Corte costituzionale, con sentenza 15 aprile - 15 giugno 2015 n. 109, ha, a sua volta, dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme indubbiate, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica;

restituiti gli atti a questa Corte e fissata l'udienza camerale nelle forme dell'art. 611 cod. proc. pen., il ricorrente ha fatto pervenire memoria depositata in data 9 ottobre 2015 con la quale - dopo aver ampiamente interpretato la sentenza della Corte costituzionale anche alla luce dei principi, riportati dal ricorrente con l'aggiunta di abbondanti richiami dottrinali, espressi dalla giurisprudenza europea in tema di pubblicità delle udienze - ha affermato come la sentenza della Consulta non potesse essere letta come se la stessa si limitasse a prevedere, *in executivis,* un'udienza pubblica unicamente nel momento della celebrazione del giudizio di opposizione, consentendo cioè che, nel caso di incidente di esecuzione *de plano,* celebrato nelle forme delineate dall'articolo 667, comma 4, cod. proc. pen., la facoltà di richiedere la celebrazione del procedimento in pubblica udienza possa essere considerata circoscritta al solo giudizio di opposizione, quindi unicamente in fase di controllo;

siffatto epilogo interpretativo comporterebbe, secondo il ricorrente, un anomalo, quanto singolare, giudizio di primo grado in camera di consiglio, per lo più non partecipato, ed un giudizio di impugnazione (l'opposizione) a contraddittorio necessario, con facoltà per le parti di richiedere la celebrazione in pubblica udienza;

peraltro, il ricorrente ha ricordato come egli, fin dalla sua costituzione in giudizio, domandò che il procedimento si svolgesse con le forme della pubblica udienza, sicché, al cospetto di una tale tempestiva richiesta, sarebbe del tutto irrilevante che il giudice per le indagini preliminari, in funzione di giudice dell'esecuzione, avesse erroneamente proceduto a seguito di udienza partecipata, e non *de plano* come avrebbe dovuto, in quanto è l'essenza stessa di tutte le decisioni della Consulta che ammette la facoltà delle parti di optare per la pubblicità e senza discriminazione alcuna tra un primo ed un secondo grado di giudizio;

diversamente, ad avviso del ricorrente, si sarebbe perpetuata la violazione di un diritto che la Corte stessa ha ritenuto non conforme alla nostra Carta costituzionale e, in via interposta, ai parametri della Cedu, con

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'ovvia quanto assurda conseguenza di garantire il diritto alla pubblicità nel secondo grado, negandolo però in prima istanza;

ciò precisato, ad avviso del ricorrente, le soluzioni percorribili nel giudizio di legittimità allora in corso, all'esito della ricordata decisione della Corte costituzionale, sarebbero state due; secondo una prima pregiudiziale opzione - superando l'inequivoco tenore del *dictum* della Consulta, che si riferisce al giudizio di opposizione – la Corte di cassazione, ricorrendo ad una interpretazione costituzionalmente orientata, ritenuta in ipotesi percorribile, avrebbe dovuto, nell'annullare la decisione dell'autorità giudiziaria marchigiana alla luce della declaratoria di illegittimità costituzionale in discorso, ritenere applicabile il principio della pubblicità delle udienze all'intero giudizio di esecuzione, dato che la parte aveva chiesto la celebrazione in pubblica udienza fin dall'origine, e quindi, restituiti gli atti al Tribunale di Pesaro, stabilire che il procedimento di merito si sarebbe dovuto svolgere fin dal *"primo grado"* nelle forme della pubblica udienza;

altrimenti, nell'ipotesi in cui si ritenesse non percorribile la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme, la via alternativa consisterebbe nel sollevare l'incidente di costituzionalità, investendo nuovamente la Consulta affinché regoli l'ipotesi non limitatamente al giudizio di opposizione, ma anche con riferimento al procedimento genetico, trasformando il giudizio *ex* articolo 667, comma 4, cod. proc. pen. su richiesta di parte, in incidente di esecuzione "partecipato" così come disciplinato dall'articolo 666 cod. proc. pen. con l'aggiunta della pubblicità dell'udienza;

alle predette articolate argomentazioni, qui riportate nella loro sostanziale integralità in quanto oggetto di dibattito anche nel presente giudizio, la Corte ha risposto, con la già ricordata sentenza n. 48317 del 2015, osservando che la particolare procedura applicabile all'incidente di esecuzione consta di due fasi, la prima caratterizzata da una "forma contratta" perché ispirata al canone delle eliminazione di ogni formalità non essenziale, la cui compatibilità coi principi è subordinata alla successiva reclamabilità del provvedimento decisorio in tal modo adottato, ed una secondo, attivata appunto a seguito di reclamo, da parte dell'interessato, in cui sono ripristinate tutte le garanzie del contraddittorio, senza che siano ravvisabili preclusioni di sorta per l'interessato il quale era stato privato, nella fase precedente, della facoltà di interlocuzione di fronte all'Ufficio giudiziario;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

si tratta, ha aggiunto nella occasione la Corte, di un procedimento, il cui schema non è ignoto ai modelli processuali nazionali (per tutti si immagini il procedimento di opposizione al decreto penale), a contraddittorio differito, nel quale, peraltro, la fase di opposizione non si caratterizza per essere un mezzo di impugnazione della precedente decisione assunta *de plano* essendo, bensì, una istanza diretta al medesimo giudice, tanto che non è ravvisabile neppure un ipotesi di incompatibilità nel caso in cui il giudice delle due fasi sia impersonato dalla medesima perdona fisica, allo scopo di ottenere una decisione a seguito della attivazione del contraddittorio fra le parti (Corte di cassazione, Sezioni Unite penali 25 gennaio 2002, n. 3026), attivazione che è differita ad una fase successiva del procedimento, innescata dalla opposizione proposta dal soggetto interessato;

né, ha aggiunto nella occasione la Corte di cassazione, ha un qualche rilievo il fatto che nel caso di specie una forma di contraddittorio fosse stata comunque attivata anche nella prima fase del procedimento, non potendo tale fattore, che, sia pure irritualmente, ha caratterizzato la procedura seguita dal giudice della esecuzione di Pesaro, costituire un vizio tale da condurre alla nulltà dell'atto;

la Corte, preso atto, d'altra parte, della sentenza n. 109 del 2015 della Corte costituzionale, con la quale è stata, come detto, affermata la illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentivano che, su istanza di parte, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice della esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica, e rilevato che, nell'occasione che interessa tale formalità procedimentale non era stata seguita in occasione dello svolgimento della procedura che aveva condotto alla adozione della ordinanza emessa dal Tribunale di Pesano in data 3 maggio 2012 in sede di opposizione avverso la precedente ordinanza del 10 febbraio 2010 con la quale era stata disposta la confisca della statua denominata "l'atleta vittorioso", ha annullato il provvedimento impugnato, rimettendo gli atti al Tribunale di Pesaro, in funzione di giudice dell'esecuzione per la nuova celebrazione del giudizio di opposizione nelle forme risultanti a seguito della ricordata pronunzia emessa dal giudice della legittimità delle leggi;

rinviati, pertanto, gli atti al Tribunale di Pesaro, nella richiamata funzione, questo, con ordinanza del 8 giugno 2018, assunta dopo che il procedimento era stato rinnovano nelle forme dell'udienza pubblica, sebbene

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

il dispositivo conclusivo non fosse stato pronunziato tramite sua lettura in udienza subito dopo la chiusura della fase pubblica del procedimento, conclusasi con le richieste conclusive formulate dalla parti presenti in giudizio ma sia stato depositato presso la Cancelleria del Tribunale unitamente ai motivi della decisione, ha rigettato la opposizione proposta dal Getty Museum ed ha, pertanto, confermato la confisca - ovunque essa si trovi - della statua denominata "l'atleta vittorioso", attribuita allo scultore Lisippo di Sicione, attualmente detenuta presso il Getty Museum, mandando al Pubblico ministero per le determinazioni di sua attribuzione in ordine, evidentemente, alla esecuzione del provvedimento ablatorio.

3.1 - Avverso detto provvedimento hanno interposto distinti ricorsi per cassazione i difensori del Getty Museum, i cui plurimi motivi, saranno illustrati, ai fini e nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen., allorché gli stessi saranno, di volta in volta, esaminati.

4.1 - Stante la evidente priorità logica la prima questione da esaminare è relativa alla richiesta, formulata dalla difesa del ricorrente con atto del 23 novembre 2018, di trattazione del presente giudizio non nelle forme di cui all'art. 611 cod. proc. pen. ma nelle forme della "udienza pubblica partecipata", per usare l'espressione, forse un po' ridondante, adottata da parte ricorrente.

Nel formulare la richiesta in questione - sviluppata sulla base dei rilievi contenuti nelle due sentenze della Corte Edu 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia, e 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altri contro Italia - il ricorrente non ha trascurato di ricordare che in passato la Corte costituzionale con sentenza n. 80 del 2011, ebbe a respingere la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il modulo procedimentale camerale con il quale vengono decise, anche di fronte alla Corte di cassazione, le questioni riguardanti la materia delle misura di prevenzione, ma, secondo il suo avviso, l'evoluzione della giurisprudenza ed il riconoscimento della pubblicità delle udienze come diritto fondamentale dotato di copertura costituzionale, imporrebbero, a distanza di anni dalla ricordata decisione, una rimeditazione della tematica tale che, ove non si dovesse accogliere la richiesta sulla base della normativa vigente si imporrebbe, sempre secondo l'avviso della ricorrente difesa, la nuova sottoposizione al giudice della legittimità delle leggi della questione di costituzionalità degli artt. 611 e 666 cod. proc. pen. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Costituzione, questa volta in relazione al procedimento riguardante la impugnazione della legittimità dei

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

provvedimenti emessi in sede di incidente di esecuzione penale, nella parte in cui essi prevedono le modalità di celebrazione nelle forme camerali non partecipate, del relativo giudizio di fronte a questa Corte di cassazione.

4.2 - La questione, ad avviso di questa Corte, è manifestamente infondata e, pertanto, non vi è luogo per l'attivazione del procedimento incidentale volto alla verifica, nella sede competente, della legittimità costituzionale delle disposizioni indicate dal ricorrente.

4.3 - In primo luogo va detto - anche al fine di scrutinare la astratta rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollecitata dal ricorrente, posto che laddove fosse possibile pervenire al risultato da lui indicato come costituzionalmente necessitato in via interpretativa, la questione di legittimità costituzionale non sarebbe in ogni caso rilevante - che non vi sono dirette emergenze normative che, seppure soggette ad interpretazioni estensive, potrebbero giustificare la trattazione della presente controversia nella forma della udienza pubblica, essendo, viceversa, il rito camerale non partecipato l'ordinaria forma che, in assenza di dati normativi che impongano un diverso modulo procedimentale, deve essere seguita per la trattazione del giudizio di fronte alla Corte di cassazione.

L'art. 611 cod. proc. pen. prevede infatti, al primo periodo del suo comma 1, che la Corte procede in camera di consiglio quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, salva l'eccezione costituita dal caso delle sentenze emesse in esito a giudizio tenutosi nelle forme del rito abbreviato.

Ciò posto, va, altresì, rilevato che cosa diversa è il giudizio dibattimentale rispetto al giudizio celebrato nella forma della udienza pubblica, posto che il primo è il giudizio che prevede l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 465 e ss cod. pen., mentre il secondo presuppone semplicemente il fatto che alla celebrazione del processo sia ammessa - onde assicurare una sorta di controllo sociale, connaturato alla struttura democratica dello Stato, in ordine alle modalità della amministrazione della giustizia - la presenza anche di soggetti che non sono immediatamente interessati alla procedura in corso; di tal che, onde evidenziare la non sovrapponibilità piena dei due concetti, si rileva come sia possibile riscontrare la sussistenza di ipotesi di giudizio dibattimentale svolto non in forma pubblica (si immagini il caso, preveduto dall'art. 472 cod. proc. pen., in cui il giudizio dibattimentale si svolge a porte chiuse), così come possono sussistere ipotesi di rito non dibattimentale che si svolga in forma pubblica (come è, ad

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

esempio, il caso del giudizio relativo alla istanza per la riparazione della ingiusta detenzione che, senza essere in giudizio dibattimentale, può, tuttavia svolgersi, a richiesta dell'interessato, nelle forma della pubblica udienza).

Ciò non toglie che, nel primo caso la trattazione dell'eventuale ricorso per cassazione riguardante la sentenza emessa in esito ad un giudizio dibattimentale celebrato a porte chiuse sarà discussa in pubblica udienza, mentre avverrà in camera di consiglio la discussione del ricorso relativo al provvedimento conclusivo di un giudizio non dibattimentale, ancorché il relativo procedimento si sia svolto in forma pubblica.

Tale digressione è strumentale alla affermazione della irrilevanza, in ordine alla forma nella quale deve essere discusso il presente procedimento, della intervenuta sentenza n. 109 del 2015 della Corte costituzionale con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen., per violazione dell'art. 117, comma primo, della Costituzione, posto che in quel caso la illegittimità ha ad oggetto proprio il fatto che il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si era svolto davanti al giudice della esecuzione non nella forma della udienza pubblica; ma, come si è sopra dimostrato, ciò non è certo valso a fare diventare il giudizio in questione un giudizio dibattimentale.

4.4 - Si tratta a questo punto di verificare se la ineludibile interpretazione normativa in base alla quale il presente giudizio deve essere celebrato nelle forme di cui all'art. 611 cod. proc. pen., si ponga in contrasto con l'art. 117, comma primo, della Costituzione, disposizione attraverso la quale sono assurti a rango di parametri interposti di costituzionalità, fra l'altro, i principi della Convenzione Edu in materia di esercizio del diritto alla difesa.

4.5 - A tal riguardo osserva il Collegio che, come peraltro segnalato dalla stessa parte ricorrente, la questione nei suoi tratti caratterizzanti, ancorché riferiti ad altro *corpus* normativo, già ha formato oggetto di una questione di legittimità costituzionale che è stata decisa, nel senso del rigetto del dubbio di costituzionalità, con la sentenza della Consulta n. 80 del 2011.

In tale occasione erano stati censurati gli artt. 4 della legge n. 1423 del 1956 e 2-*ter* della legge n. 575 del 1965 nella parte in cui essi, in ritenuto contrasto appunto con l'art. 117, comma primo, della Costituzione, non

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

consentivano che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolgesse in udienza pubblica.

La Corte costituzionale, per quanto attiene specificamente il tema riguardante la celebrazione del fase procedimentale di fronte alla Corte di cassazione - unico tema allora rimasto attuale fra quelli dedotti di fronte al giudice della legittimità delle leggi posto che la questione relativa alle modalità di celebrazione del giudizio nella fase di merito già era stata decisa, nel senso delle illegittimità costituzionale delle disposizioni indubbiate, con la sentenza n. 93 del 2010 della Corte costituzionale – ha rilevato che non casualmente le decisioni assunte dalla Corte Edu e volte a stigmatizzare la mancanza di pubblicità prevista dal rito penale italiano in tema di applicazione delle misure di prevenzione speciali (ma si ribadisce i principi appaiono pianamente riferibili anche al caso ora in esame) sono tutte riferite alle fasi di merito del giudizio e non anche alla fase di legittimità, e ciò non solo nelle ipotesi in cui la doglianza dei ricorrenti di fronte alla Corte di Strasburgo aveva avuto ad oggetto solo la mancanza di pubblicità delle udienze celebrate nei gradi di merito (si allude alla nota sentenza della Corte Edu del 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia), ma anche nelle diverse ipotesi in cui le censure dei ricorrenti avevano avuto quale oggetti tutte le fasi giurisdizionali dei procedimenti svolti a loro carico (la Consulta a tale proposito ricorda le sentenze della Corte di Strasburgo 8 luglio 2008, Perre ed altri contro Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altri contro Italia; 2 febbraio 2010, Leone contro Italia).

Tale limitazione (sulla cui legittimità, peraltro, anche questa Corte ha avuto modo di recente di pronunciarsi, affermandone la conformità alle regole della Convenzione Edu come interpretate dalla Corte di Strasburgo; cfr. Corte di cassazione, Sezione IV penale, 27 aprile 2018, n. 14227; *idem* Sezione VI, penale 6 novembre 2017, n. 50417) è stata ritenuta dalla Corte costituzionale giustificata in quanto, in generale, i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto risultano essere conformi ai principi convenzionali in tema di diritto dell'individuo ad un equo processo, anche nel caso in cui non sia prevista la pubblicità della udienza davanti alle giurisdizioni ulteriori rispetto a quella di primo grado.

4.6 - Ciò, ora si rileva, vale tanto più ove il giudizio ulteriore rispetto a quello nel quale è stata assicurata la possibile partecipazione del "pubblico" alla trattazione del processo sia caratterizzato - come avviene secondo il sistema nazionale di sindacato di sola legittimità rimesso a questa Corte di

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

cassazione - dall'esclusivo esame specialistico di questioni tecnico-giuridiche, senza un diretto accesso al fatto e con un margine assai ristretto di rivalutazione del materiale probatorio acquisito agli atti.

Come, infatti, ha rilevato la Corte costituzionale con la citata sentenza n. 80 del 2011, la valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale, reso possibile dal libero accesso degli individui all'aula di udienza, è apprezzabile in modo specifico allorché il giudice sia chiamato alla assunzione delle prove in particolari quelle orali-rappresentative o, comunque, alla materiale assunzione degli elementi conoscitivi finalizzati alla ricostruzione del fatto sottoposto a suo giudizio; la funzione di controllo sociale demandata allo svolgimento pubblico delle attività processuali appare, invece, assai più sfumata ed attenuata allorché al giudice competano esclusivamente valutazioni in ordine alla risoluzione di questioni interpretative riferite al contenuto, al significato ed alle modalità di concreta applicazione di disposizioni normative.

4.7 - Ha, pertanto, concluso nell'occasione la Corte costituzionale osservando che l'aver assicurato che, nella sede di merito, il giudizio volto alla applicazione delle misura di prevenzione speciali si possa svolgere, a richiesta dell'interessato, in forma pubblica è garanzia sufficiente ad assicurare il rispetto dell'equo processo nei termini in cui esso è imposto dalla Convenzione Edu.

Giova ancora ricordare che è stato ulteriormente confermato il principio secondo il quale l'esigenza costituzionale del controllo sociale sulla amministrazione della giustizia, esplicato tramite la presenza del pubblico nei luoghi ove essa è amministrata, è ineludibile solo quando l'oggetto della trattazione non sia essenzialmente costituito da questioni di carattere tecnico-giuridico ed altamente specialistico, e l'ambito di valutazione del materiale probatorio risulta assai ristretto (Corte di cassazione, Sezione VI penale, 5 maggio 2015, n. 18650)

4. 8 - Gli argomenti fin qui svolti - che, peraltro, la Corte costituzionale stessa ha ritenuto di ribadire in occasione della sentenza n. 135 del 2014, nella quale è stato nuovamente osservato che l'esigenza del controllo pubblico sull'esercizio della attività giurisdizionale che deriva dallo svolgimento della udienza in forma tale da garantire la presenza popolare alla sua celebrazione non costituisce elemento necessario, proprio in ragione della peculiare natura delle questioni trattate, ove ci si trovi "di fronte ad un contenzioso a carattere meramente ed altamente tecnico" - appaiono pienamente applicabili anche al

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

giudizio concernente la applicazione della confisca in sede di procedimento di esecuzione penale; anche in questo caso, infatti, per effetto della sentenza n. 109 del 2015, la fase di opposizione alla applicazione *de plano* della confisca deve svolgersi in forme tali da garantire l'accesso del pubblico all'aula ove si tiene l'udienza di fronte al giudice del merito; tale previsione deve ritenersi, anche alla luce della lettura che è stata data dalla Corte costituzionale della giurisprudenza della Corte Edu, pienamente satisfattiva del diritto al processo equo, posto che attraverso la predetta forma di partecipazione alle modalità di amministrazione della giustizia è adeguatamente e razionalmente assicurato, in conformità al principio - espressivo della democraticità dello Stato - secondo il quale la Giustizia è, nel nostro Paese, amministrata dagli organi giurisdizionali in nome del Popolo italiano, il controllo popolare sull'operato di tali organi dello Stato.

4.9 - In definitiva la questione di legittimità costituzionale sollecitata dalle difese del ricorrente non deve essere devoluta di fonte al giudice della legittimità delle leggi in quanto, sulla base degli argomenti dianzi svolti, essa è manifestamente infondata.

5.1 - A questo punto occorre procedere all'esame dei singoli motivi di impugnazione formulati nei due ricorsi proposti dalle difese della parte ricorrente.

6.1 - Prendendo le mosse dal ricorso redatto dall'avv. Gaito, rileva la Corte che il primo motivo di impugnazione attiene alla affermata carenza di giurisdizione della autorità giudiziaria italiana nella presente vicenda.

Sul punto, al di là del contenuto delle argomentazioni svolte al proposito dalla difesa del ricorrente, va preliminarmente considerata, anche alla stregua delle perspicue osservazioni che il Procuratore generale ha rassegnato al riguardo nella propria requisitoria scritta, la inammissibilità della contestazione.

6.2 - Invero in punto di giurisdizione della autorità nazionale già si è espressa, sia pure per implicito ma con assoluta univocità, questa Corte – regolatrice, è bene ricordare, dei confini della giurisdizione dello Stato – allorché, dapprima con la ordinanza n. 24356 del 2014 e poi con la sentenza n. 49317 del 2015, ha una prima volta devoluto alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 666, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen. ed una seconda volta, preso atto del *dictum* della Consulta contenuto nella più volte ricordata sentenza n. 109 del 2015, ha annullato con

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

rinvio la precedente ordinanza resa dal Tribunale di Pesaro in data 3 maggio 2012 in relazione alla presente vicenda.

E', infatti, di tutta evidenza che ove la complessiva vicenda non dovesse essere stata oggetto della giurisdizione di questa Autorità giudiziaria italiana la sollevata questione di legittimità costituzionale non sarebbe stata rilevante nell'ambito del giudizio *a quo*, posto che di esso e della situazione sostanziale che era stata dedotta alla base del medesimo il giudice nazionale si sarebbe dovuto immediatamente, rispettivamente, spogliare e disinteressare, senza entrare, evidentemente, nel merito della procedura da seguire onde pervenire ad una decisione conclusiva su di esso.

6.3 - Va, peraltro, rilevato che un'analoga valutazione di inammissibilità, ove si fosse ritenuto che la questione non fosse in astratto sottoponibile alla giurisdizione nazionale, ci si sarebbe aspettati da parte della Corte costituzionale che, invece che entrare nel merito della questione di fronte a lei sollevata, avrebbe dovuto dichiarare la inammissibilità della questione stante la irrilevanza, *in radice*, ove si fosse ritenuta la carenza di giurisdizione della autorità nazionale, della applicazione del diritto italiano da parte del giudice rimettente nella presente vicenda.

AV

6.4 - Il primo motivo di impugnazione deve pertanto, essere dichiarato inammissibile stante l'avvenuta formazione di un giudicato interno - infatti è il caso di rammentare che le precedenti fasi del presente giudizio svoltesi sia di fronte a questa Corte sia, incidentalmente, di fronte alla Corte costituzionale, non costituiscono un giudizio autonomo ma, appunto, rappresentano distinte fasi di un unico processo - in punto di giurisdizione italiana.

7.1 - Con il secondo motivo di impugnazione la difesa Gaito ha, sempre con riferimento ad aspetti processuali della complessa vicenda, sostenuto la illegittimità del provvedimento emesso dal Tribunale di Pesaro in funzione di giudice della esecuzione in quanto il modello procedimentale da tale giudice complessivamente seguito, essendo stato questo caratterizzato da una prima fase nella quale, sebbene fosse stata richiesta la trattazione in forma pubblica, pur essendo stato attivata una forma di contraddittorio, la procedura seguita era stata schiettamente camerale, e da una seconda fase nella quale - successivamente alla pronunzia della sentenza n. 109 del 2015 della Corte costituzionale ed all'avvenuto annullamento per effetto della citata sentenza n. 49317 del 2015 di questa Corte della prima ordinanza resa in sede di opposizione al provvedimento primigenio – il giudizio si era svolto nelle forme della udienza pubblica.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Ad avviso del ricorrente, attraverso la istituzionalizzazione di tale rito ibrido sarebbe stata data una lettura riduttiva della ricordata sentenza della Consulta.

7.2 - Anche sul punto deve rilevare questo Collegio che la Corte già si è espressa; infatti con la sentenza n. 49317 del 2015 la Corte ha ampiamente esaminato la questione della legittimità dell'adozione di un procedimento non partecipato in occasione della prima fase dell'incidente di esecuzione volto alla dichiarazione di confisca di un bene connesso ad un'attività criminosa ed alla sua attrazione al patrimonio pubblico, rilevando che la garanzia dell'equo processo è assicurata - come per altro dianzi già ampiamente, e con condivisione da parte di questo Collegio delle argomentazioni allora sviluppate, illustrato - anche sulla base della celebrazione nella forma della udienza pubblica della sola fase della opposizione al provvedimento reso *de plano*, posto che i due momenti procedimentali non costituiscono due distinti procedimenti ma due fasi, la seconda solo eventuale, fra loro intimamente connesse di un unico processo, come testimoniato dal fatto che nella fase della opposizione, la quale, per le ragioni diffusamente chiarite nei paragrafi in cui è stata valutata la preliminare eccezione volta alla modifica del rito anche del presente giudizio di legittimità, deve necessariamente svolgersi in forma pubblica, l'opponente non va incontro ad alcuna preclusione essendo rimesso in discussione in sede di opposizione ogni profilo, che sia stato esaminato o meno nella fase *de plano*, della controversia avente ad oggetto la assoggettabilità a confisca del bene di cui si discute.

7.3 - Deve, per quanto sopra, affermarsi la inammissibilità anche del secondo motivo di impugnazione proposto dalla prima difesa del ricorrente.

8.1 - Il terzo motivo di impugnazione presenta una strutturazione tricefala; infatti per un verso è lamentata la violazione del principio del *ne bis in idem*, del quale nella materia della esecuzione penale sarebbe espressione il dettato dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., il quale prevede l'inammissibilità della presentazione di ulteriori richieste al giudice della esecuzione ove le stesse siano articolate sulla base dei "medesimi elementi" già in precedenza valutati in sede giurisdizionale, in quanto la richiesta della Procura di Pesaro di confisca del bene in discussione non sarebbe stata originata dalla sopravvenienza di elementi nuovi rispetto a quelli già esaminati sia dalla Corte di appello di Roma (con la sentenza del 8 novembre 1970) che dal Gip del Tribunale di Pesaro (con la disposta archiviazione per intervenuta prescrizione del 19 novembre 2007).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

E', altresì, lamentata la mancanza di una sentenza di condanna quale necessario presupposto in relazione alla possibilità di disporre la confisca di un bene che sia connesso con il reato per il quale si è proceduto, tanto più in considerazione del fatto che allo stato il bene è nella pacifica detenzione di un soggetto che è risultato estraneo al reato, pur volendone ammettere l'esistenza, di cui si tratta. Il punto è stato successivamente ulteriormente sviluppato dalla difesa del ricorrente, con la memoria nella quale sono stati formulati i motivi aggiunti - ma si tratta correttamente di integrazioni dei motivi già precedentemente introdotti - attraverso il richiamo alla recente sentenza emessa dalla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo nel caso GIEM ed altri contro Italia (si allude, come è noto, alla sentenza della Corte europea del diritti dell'uomo del 28 giugno 2018 sui ricorsi n. 1828/06 ed altri).

E', infine, contestata la possibilità di legittimamente utilizzare gli atti di indagine compiuti all'estero in assenza di una valida rogatoria.

8.2 - Con riferimento al primo corno del trilemma sollevato dal ricorrente, osserva la Corte che la censura da quello articolata è infondata.

Infatti, per ciò che attiene alla efficacia preclusiva della sentenza della Corte di appello di Roma del 8 novembre 1970 si rileva che nella occasione la imputazione che era stata mossa agli imputati aveva ad oggetto la commissione del reato di ricettazione, per avere gli stessi ricevuto in territorio nazionale la statua dell'"atleta vittorioso", la cui detenzione da parte dei danti causa dei soggetti allora imputati doveva intendersi viziata in quanto si trattava di bene oggetto del delitto di cui all'art. 67 della allora vigente legge n. 1089 del 1939, mentre nel giudizio ultimo svoltosi di fronte al Tribunale di Pesaro il fatto contestato concerneva la illecita esportazione della statua, costituente bene culturale, al di fuori del territorio dello Stato, la sua introduzione di essa nel predetto territorio senza il versamento dei diritti di confine e senza averne fatto la dovuta denunzia alla autorità preposte alla tutela del patrimonio storico artistico.

La palese diversità della oggettività giuridica delle condotte contestate esclude che possa parlarsi di violazione di *bis in idem* in relazione al contenuto della sentenza emessa dalla Corte di appello capitolina nel lontano 1970 ed al quello che fa da sfondo alla ordinanza ora impugnata.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

8.3 - Il secondo aspetto della articolata censura attiene alla ritenuta illegittimità dell'avvenuta confisca, si legge nel ricorso, in mancanza di una sentenza di condanna od altro atto ad essa equiparato.

L'assunto, diffusamente illustrato dal ricorrente ha, tuttavia, il vizio di fondo costituito dal non essersi adeguatamente confrontato con quanto già rilevato da questa Corte con la ordinanza n. 24356 del 2014.

Invero, in tale caso, la Corte di cassazione (richiamato un ulteriore precedente giurisprudenziale costituito dalla sentenza Corte di cassazione, Sezione I penale, 21 gennaio 2009, n. 2453), come, d'altra parte segnalato nella sua memoria di costituzione dalla Avvocatura generale dello Stato per conto del Ministero competente, ha rilevato che la procedura di esecuzione costituisce la sede ove può essere operato ogni accertamento che si sia reso necessario per valutare la domanda introdotta con l'incidente di esecuzione, tenuto conto dei principi in tema di ampiezza dell'accertamento che il giudice può compiere in occasione della valutabilità della richiesta di confisca anche in presenza di una sentenza di proscioglimento ovvero di un provvedimento di archiviazione; in tale occasione, pertanto, questa Corte ebbe già occasione di valutare, ritenendolo infondato, il profilo inerente alla astratta legittimità della confisca della antica statua greca nel corso del giudizio di esecuzione, scaturito in esito alla avvenuta archiviazione per prescrizione dei reati contestati del giudizio principale di cognizione; deve, pertanto, convenirsi al riguardo sulla intervenuta preclusione di ogni successiva questione, ove non articolata sulla base di fattori sopravvenuti, avendo la Corte già esaminato, nel corso di una precedente fase di questo medesimo giudizio, l'aspetto ora in questione.

8.3.1 - D'altra parte non può trascurarsi di rilevare che, diversamente argomentando, sarebbe preclusa la possibilità di procedere, in sede di incidente di esecuzione, alla integrazione del provvedimento giurisdizionale presupposto, tutte le volte in cui sia stata pretermessa per errore una statuizione, peraltro necessaria in quanto come tale stabilita espressamente dal legislatore, ove questa sia corollario di una pronunzia di archiviazione ovvero di proscioglimento anche nel caso in cui questa, tuttavia, presupponga l'incidentale accertamento della esistenza di una condotta penalmente rilevante.

8.3.2 - Va, infine, osservato sul punto, come sarà peraltro successivamente ribadito, che la ipotesi di confisca prevista dall'art. 174, comma 3, del dlgs n. 42 del 2004, nella ottica, riscontrata dalla dottrina, della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

possibile eterogeneità delle singole ipotesi di confisca - tanto di essere giunti alla icastica rappresentazione dell'istituto quale un frammentato arcipelago di diverse figure giuridiche aventi cause e finalità non sempre uniformi – non può dirsi espressiva di una misura avente scopo repressivo e sanzionatorio, dovendo piuttosto, in tale senso salvaguardandone anche la compatibilità con i più recenti approdi giurisdizionali delle Corti sovranazionali, parlarsi di una misura avente carattere recuperatorio, finalizzata ad assicurare il rispetto sostanziale della presuntiva natura pubblica del bene culturale e, pertanto, la tutela dell'interesse alla sua custodia, conservazione e, tendenziale, generale fruizione.

La tutela della posizione del terzo è, sotto il profilo sostanziale assicurata dal fatto che la misura non possa incidere negativamente nei confronti di un terzo che sia rimasto, nei rigorosi termini che saranno *infra* precisati, estraneo al reato commesso e, sotto il profilo processuale, attraverso la celebrazione di un procedimento, prodromico alla eventuale emanazione della misura, che sia rispettoso del contraddittorio, privo di preclusioni processuali e, da ultimo, anche celebrato nelle forme della udienza pubblica, sì da assicurare, almeno potenzialmente, il controllo della opinione pubblica in ordine alle modalità di amministrazione della giustizia penale.

8.3.4 - Anche il descritto aspetto della doglianza del ricorrente appare, pertanto, privo di un valido fondamento.

8.4 - Relativamente al terzo ed ultimo profilo del presente articolato motivo di impugnazione va rilevato che quanto al caso di specie il ricorrente ha lamentato il fatto che una serie di elementi conoscitivi utilizzati nel corso dei giudizi relativi alla complessiva vicenda, ed anche nell'ambito del procedimento esecutivo che ha condotto alla emissione del provvedimento ora censurato, sono stati assunti all'estero, tramite delega d'indagine conferita alla polizia giudiziaria dalla Autorità requirente italiana.

La censura, al di là della genericità della sua formulazione, non si precisa, infatti, di quali atti si tratti né è riferito in che termini gli stessi abbiano avuto una effettiva incidenza in ordine alla assunzione della decisione impugnata, è anche infondata giuridicamente, in quanto essa si basa sul presupposto che ogni tipo di indagine giudiziaria svolta all'estero debba essere preceduta da una rogatoria volta ad ottenere la collaborazione nello svolgimento di dette attività della autorità giudiziaria del paese ove le indagini si sono svolte.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

8.4.1 - Tale presupposto, in sé di assai dubbia solidità nella sua rigida formulazione (si veda, infatti, ad esempio: Corte di cassazione, Sezione VI penale, 16 marzo 2018, n. 12387, in cui si rileva che non vi è la necessità di attivare alcuna rogatoria internazionale ove le informazioni siano state spontaneamente trasmesse alla autorità nazionale dalla omologa autorità straniera), è, in ogni caso, inapplicabile alla presente fattispecie nella quale, per espressa ammissione della difesa ricorrente, l'attività di indagine compiuta all'estero dalla polizia giudiziaria italiana è stata materialmente eseguita, parrebbe trattarsi della assunzione di sommarie informazioni testimoniali, presso gli uffici dei Consolati italiani negli Stati Uniti d'America,

Infatti, come fu stabilito in passato da questa Corte, e non risulta che il principio sia mai stato successivamente smentito, rientra nelle facoltà dell'autorità consolare, secondo i termini della Convenzione di Vienna, approvata con legge n. 804 del 1967 e ai sensi dell'art. 30 del dPR n. 200 del 1967 (ad oggi sostituito dagli artt. 36 e ss del dlgs n. 71 del 2011), quella di compiere attività di carattere giudiziario all'interno della sua circoscrizione (Corte di cassazione, Sezione I penale, 18 novembre 1975, n. 10800); posto che nel caso in esame l'attività di assunzione di informazioni testimoniali è avvenuta all'interno degli uffici consolari italiani (di Los Angeles e di Nuova York) è indubbio che essa sia stata svolta sotto il controllo della predetta autorità sicché per la utilizzabilità delle relative risultanze nell'ambito del giudizio riguardato dall'attività in questione non vi era la necessità di coinvolgere, tramite la rogatoria internazionale, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, l'autorità giudiziaria statunitense.

9.1 - Passando al successivo motivo di impugnazione, col quale è censurata la ordinanza impugnata in quanto il suo dispositivo non è stato letto in pubblica udienza subito dopo la conclusione della discussione da parte dell'ultimo difensore ma è stato reso pubblico successivamente in quanto depositato unitamente ai motivi in base ai quali è stata decisa la ordinanza ora impugnata, osserva il Collegio che effettivamente il Gip del Tribunale di Pesaro, esaurita in data 5 febbraio 2018 la fase istruttoria dell'incidente di esecuzione, ha trattenuto la controversia in decisione, riservandosi di decidere su di essa, sino al successivo 8 giugno, data in cui ha provveduto a depositare i motivi della sua decisione unitamente al dispositivo di essa.

Di tale *modus procedendi* il difensore del Clark si lamenta, deducendo la illegittimità della decisione in tale modo adottata in quanto sarebbe stato così violato il principio della immediatezza fra la discussione della causa penale e

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

la successiva deliberazione della decisione assunta su di essa; illegittimità che il ricorrente, il quale pur richiama, quali disposizioni che regolano la materia, gli artt. 525 cod. proc. pen. (quale norma generale che disciplina la fase decisoria del giudizio dibattimentale) e 424, comma 1, cod. proc. pen. (il quale prevede l'analoga regola della immediatezza della decisione anche nel caso della celebrazione della udienza preliminare, la quale, a tenore dell'art. 418, comma 1, cod. proc. pen. si tiene nella forma dell'udienza camerale partecipata), più precisamente qualifica come abnormità, in tal modo descrivendo il vizio che colpirebbe la decisione emessa nel caso in questione, non essendo stata data immediata lettura del relativo dispositivo nella pubblica udienza.

9.2 - La censura non è fondata.

9.2.1 - Va, infatti, in primo luogo rilevato che, per ciò che attiene al richiamato art. 424 cod. proc. pen., è lo stesso legislatore che, in espressa deroga al principio generale della immediatezza della decisione consente, secondo la insindacabile valutazione discrezionale del giudicante, il differimento della redazione della motivazione della sentenza di non luogo a procedere che, pertanto potrà essere depositata entro il termine, da ritenersi ordinatorio, di trenta giorni dalla discussione.

9.2.2 - Mentre per ciò che attiene alla applicazione alla fattispecie dell'art. 525 cod. proc. pen. - il quale, peraltro, prevede anch'esso, al comma 3, una possibile deroga alla immediatezza della deliberazione della sentenza nel giudizio dibattimentale - si rileva, per un verso la non immediata pertinenza di tale disposizione al caso in questione, posto che la stessa è posta in espressa connessione con il giudizio dibattimentale e già si è rilevato che la celebrazione del giudizio di opposizione ai sensi dell'art. 667, comma 4, cod. proc. pen. - disposizione quest'ultima richiamata dall'art. 676, comma 1, ultimo periodo, cod. proc. pen. – nella forma dell'udienza pubblica non vale a trasformare il predetto giudizio in un giudizio dibattimentale, e, per altro verso, la circostanza che l'eventuale violazione di tale disposizione non risulta essere sanzionata con la nullità (cosa che è, invece, espressamente prevista nel caso in cui alla deliberazione partecipino magistrati che non abbiano composto l'ufficio giudicante nella fase dibattimentale) e, pertanto, in ossequio al principio della tipicità delle nullità processuali, la sua eventuale violazione non appare tale da determinare alcuna formale nullità del provvedimento in tal modo assunto.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

9.3 - Ed è nella verosimile consapevolezza di tale fattore che la difesa del ricorrente ha, infatti, fatto chiaro riferimento al concetto di abnormità dell'atto.

9.3.1 - Come è noto il concetto di abnormità dell'atto processuale è stato introdotto nella prassi giudiziaria proprio al fine di ovviare, attraverso la introduzione di un generale correttivo impugnatorio, alla rigidità della regola della tassatività delle ipotesi di invalidità contenute nel codice di rito, essendosi ritenuto eccessivamente penalizzante e sostanzialmente ingiusto non consentire la rilevazione di quelle divergenza fra la fisiologia dell'atto e le sue patologiche materiali possibili epifanie che, proprio per la stravaganza di tali forme di manifestazione, non erano state considerate, in una elencazione che, per essere casisticamente tassativa, rischiava di diventare inadeguata alla possibile multiforme realtà del processo, dal legislatore.

Si è, pertanto, affermata la generale impugnabilità, ai sensi dell'art. 111, comma settimo, della Costituzione, di quei provvedimenti giurisdizionali il cui contenuto ovvero le cui modalità di assunzione, sebbene non contemplati da alcuna tipica ipotesi di nullità dell'atto processuale, evidenziavano una manifesta violazione dei principi regolatori del processo.

Nel delimitare l'ambito, non puntualmente circoscritto da alcuna espressa norma giuridica, della abnormità l'opera della giurisprudenza - e si tratta della giurisprudenza di questa Corte, atteso che, proprio in ragione del parametro normativo di riferimento, cioè l'art. 111, comma settimo, della Costituzione, l'impugnazione di un atto sulla base della sua dedotta abnormità è proponibile direttamente di fronte a questa Corte di legittimità – ha delineato due forme di manifestazione della predetta figura giuridica; si è, pertanto, distinta un'ipotesi di abnormità strutturale da quella della abnormità funzionale, intendendosi per atto affetto da abnormità strutturale quel provvedimento che per la sua singolarità o per la stranezza del suo contenuto appare essere del tutto estraneo al complessivo ordinamento processuale (inutile al riguardo, data la varietà delle concrete fattispecie, a volte caratterizzate da profili del tutto inattesi e peculiari, fare esemplificazioni, basti richiamare quali generali riferimenti giurisprudenziali i più recenti: Corte di cassazione, Sezione VI penale, 2 maggio 2018, n. 18860: *idem* Sezione II penale, 20 gennaio 2015, n. 2484), mentre la categoria della abnormità funzionale deve considerarsi riferita alle ipotesi in cui l'atto, pur essendo manifestazione di un legittimo potere del giudicante, risulti tale che siffatto potere sia esplicato al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi per esso

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

previste, determinando, data la estraneità del medesimo alla *sedes materiae* in cui viene esercitato, la irrimediabile stasi del processo o la sua insuscettibilità ad essere proseguito se non attraverso la adozione di atti illegittimi (anche in questo caso ci si limita al richiamo dei più recenti arresti giurisprudenziali sul punto: Corte di cassazione, Sezione III penale, 12 luglio 2018, n. 31835; *idem* Sezione V penale, 5 gennaio 2017, n. 569; *idem* Sezione II penale, 20 gennaio 2016, n. 2291).

9.3.2 - Tale essendo, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la nozione entro la quale è riconducibile la complessa figura dell'atto abnorme, rileva la Corte come non sia collocabile all'interno di essa, in alcuna delle sue declinazioni, l'atto censurato dalla difesa del ricorrente.

Invero, non appare evidenziabile l'ipotesi della abnormità strutturale, considerato che il contenuto del provvedimento, quale che ne sia stato il suo "verso", e le modalità della sua esternazione sono perfettamente in linea con l'ordinario contenuto dei provvedimenti emessi a seguito della attivazione dell'incidente di esecuzione in ordine alla confiscabilità dei beni connessi alla commissione dei reati e la motivazione "riservata" non costituisce un modello ignoto al legislatore processuale.

Parimenti non riscontrabile è la ipotesi della abnormità funzionale, posto che la circostanza che il giudice si sia riservato la decisione sulla controversia, tanto più nella materia dell'incidente di esecuzione generalmente caratterizzata dalla adozione del rito camerale nel quale il differito deposito dei motivi della decisione è strumento ampiamente disposto dagli organi giudiziari, è certamente espressione di un potere spettante in linea di principio al giudicante nelle procedure del tipo ora in esame; il fatto che il dispositivo non sia stato letto nella immediatezza della discussione non appare assolutamente circostanza tale da avere determinato alcuna stasi irrimediabile del procedimento, posto che, sia pure non nella immediatezza della discussione, il Tribunale di Pesaro ha tuttavia depositato dispositivo e motivi della sua decisione, consentendo al ricorrente il pacifico esercizio del suo diritto di difesa (dovendo ritenersi, in una ipotesi quale la presente, che la decorrenza del termine per la proposizione della impugnazione inizi a partire, in assenza di altre forme di pubblicazione, dal momento in cui è data alle parti la comunicazione dell'avvenuto deposito del provvedimento; per una fattispecie al riguardo assimilabile alla presente: Corte di cassazione, Sezione VI penale, 28 agosto 2014, n. 36374).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

9.4 - Nessuna ipotesi di abnormità essendo, pertanto, riscontrabile nell'operato del Tribunale marchigiano con riferimento al contenuto del motivo di impugnazione ora esaminato, questo, pertanto, deve essere rigettato.

10.1 - Il quinto motivo di ricorso formulato dalla difesa del ricorrente ha ad oggetto la ritenuta elusione da parte del Giudice dell'esecuzione dello *jus superveniens*, costituito dall'art. 578-*bis* cod. proc. pen. e dal'art. 183-*ter* disp. att. cod. proc. pen.

Si tratta di disposizioni, entrate in vigore per effetto delle modifiche apportate al codice di rito con la legge n. 21 del 2018, il 6 aprile 2018, con le quali il legislatore, secondo il ricorrente ha dettato, nella materia della giustizia penale patrimoniale, una disciplina tale che è possibile procedere alla confisca, in caso di reato dichiarato prescritto, solo a seguito dell'avvenuto accertamento incidentale della penale responsabilità del prevenuto, operato in sede di appello o di legittimità che, sia pure a tali limitati fini, costituisca conferma di una precedente condanna emessa nel grado di giudizio precedente a quello in cui la confisca è stata confermata.

10.2 - Anche in questo caso il motivo di impugnazione non ha pregio.

10.3 - Intanto va rilevato che la normativa di cui sopra è intervenuta solo dopo che le parti avevano già rassegnato le loro conclusioni ed il giudicante aveva trattenuto il fascicolo per la decisione; questa, pertanto, doveva essere assunta sulla base della normativa vigente al momento in cui il fascicolo è stato assunto per la decisione.

Ma va, ancora, considerato che le due disposizioni sopravvenute, a prescindere dal regime intertemporale della loro applicazione, non appaiono essere pertinenti rispetto al caso di specie, posto che le stesse risultano riferirsi all'ordinario procedimento dibattimentale e non anche alla presente fase costituita da un incidente di esecuzione.

11.1 - In ordine al sesto motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente lamenta la circostanza che il procedimento di fronte al giudice della esecuzione si sia svolto non con la esclusiva presenza delle sole parti rappresentate dall'imputato, assistito dai propri difensori, e dal Pubblico ministero, avendo, invece ad esso partecipato anche altri soggetti, ad avviso del ricorrente, estranei al contraddittorio (si allude, a quanto pare dall'esame della ordinanza impugnata, al Ministero per i beni e le attività culturali, il quale, peraltro, ha depositato le proprie memorie anche nel presente giudizio)

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ai quali, ha precisato il ricorrente, sarebbero state attribuite di fatto le prerogative della parte civile, la cui presenza non solo non è consentita nella sede esecutiva, ma neppure sarebbe stata legittima nel presente caso in quanto non vi era stata alcuna costituzione di parte civile nella fase di cognizione penale del processo, rileva il Collegio che, diversamente da quanto affermato dal ricorrente, e come questa Corte ha proprio di recente ribadito con pronunzia che viene anche adesso per la parte ora rilevante condivisa, lo Stato, e per esso il Ministero di volta in volta competente, al quale sono devolute le cose di cui sia stata ordinata la confisca, riveste la qualità d'interessato nel procedimento relativo all'incidente d'esecuzione riguardante tali cose (Corte di cassazione, Sezione I penale, 31 luglio 2018, n. 37050; *idem* Sezione I penale, 16 novembre 1990, n. 3606).

Ne consegue che, se il giudizio sull'incidente si fosse svolto senza la necessaria integrazione del contraddittorio nei confronti dello Stato, la relativa decisione sarebbe stata affetta da nullità, rilevabile d'ufficio.

11.2 - Sul punto, pertanto, non è ravvisabile alcuna illegittimità ed il motivo di ricorso deve essere rigettato.

12.1 - Passando, a questo punto, al settimo fra i motivi di impugnazione del ricorso redatto dall'avv. Gaito, se ne ritiene, anche per questo, la infondatezza.

12.2 - Con il motivo di impugnazione in questione il ricorrente ha lamentato la contraddittorietà e la illogicità della motivazione della ordinanza censurata nella parte in cui il Tribunale di Pesaro ha ritenuto la malafede della Amministrazione del Getty Museum nella acquisizione della statua e, pertanto, la sua sostanziale non estraneità alla commissione dei reati per cui si è proceduto nei confronti degli originari imputati.

In sostanza la difesa del ricorrente deduce al riguardo che nella motivazione della ordinanza impugnata non sia stata data un'adeguata valutazione degli elementi probatori acquisiti in giudizio e volti a dimostrare, in sintesi, la buona fede dell'acquirente Getty Museum al momento in cui conseguì la disponibilità dell'opera d'arte presso un noto mercante d'arte monacense, avendo la Amministrazione della predetta istituzione assunto tutte le necessarie informazioni che, sulla base della dovuta diligenza, erano state idonee a fornire le opportune assicurazioni in ordine alla legittima provenienza del reperto in questione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

12.3 - Ritiene il Collegio che, viceversa, correttamente il Tribunale di Pesaro abbia escluso la estraneità degli organi rappresentativi del Getty Museum ai reati contestati nell'ultimo giudizio di merito svoltosi di fronte alla Autorità giudiziaria italiana e, pertanto, correttamente, quanto al profilo ora in esame, ha disposto la confisca della statua attribuita a Lisippo sicionio.

Deve, al riguardo, preliminarmente osservarsi che l'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004, nel reprimere le condotte di illecita esportazione all'estero di cose aventi un interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, ovvero talune di quelle elencate nell'art. 11, comma 1, del medesimo decreto legislativo, prevede, al comma 3, che il giudice disponga la confisca delle cose oggetto del reato previsto dal comma 1 della medesima disposizione, salvo che questa appartenga a persona estranea alla commissione del reato e che la confisca debba essere eseguita in conformità con le disposizioni riguardanti l'analoga misura riguardante le cose oggetto di contrabbando contenute nella legge doganale.

Va fin d'ora precisato, con riserva di ulteriori approfondimenti, che tale disposizione debba essere applicata anche in caso di esportazione abusiva di beni culturali in ordine alla quale il relativo giudizio penale si sia definito con sentenza di proscioglimento per cause che non riguardino la materialità del fatto e non siano tali da interrompere il rapporto fra la *res quae necesse auferre* ed il delitto commesso (in tal senso, infatti, Corte di cassazione, Sezione III penale, 23 dicembre 2009, n. 49438).

12.3.1 - Ciò posto osserva il Collegio che, ai fini della norma in questione, il concetto di estraneità al reato deve essere inteso - attesi i rilevanti interessi sottesi alla applicazione della misura della confisca, volta, come *infra* sarà più diffusamente illustrato, alla tutela di valori primari dello Stato - in termini di pregnante rigore; dovendosi escludere che tale estraneità possa esulare dalla fattispecie solo in ipotesi di connivenza o, addirittura, di complicità, deve, viceversa ritenersi che debba intendersi estraneo alla commissione dell'illecita esportazione del bene culturale all'estero chi, attraverso il suo comportamento, anche solo colposo o colpevolmente negligente, abbia dato causa al fatto costituente illecito penale o, comunque, abbia tratto consapevole giovamento dalla sua commissione, dovendosi, peraltro, individuare il contenuto del giovamento, in qualsivoglia condizione di favore che sia derivata al soggetto dalla sua non estraneità al fatto astrattamente costituente reato; di tal che detto giovamento è certamente rinvenibile nella posizione di chi, in condizione di non estraneità rispetto alla

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

commissione del reato, si trovi nel possesso del bene culturale, a prescindere dalla destinazione di questo alla produzione di un beneficio materiale in favore del detentore (in tale senso è del tutto irrilevante, quanto al caso di specie, il fatto, invece enfaticamente segnalato dalla difesa del ricorrente, che il Getty Museum sia una istituzione filantropica la quale non preveda alcun costo a carico dei soggetti che ne visitino le sale e che ne possano, in tal modo, apprezzare le opere d'arte ivi custodite).

12.3.2 - Nel caso ora in scrutinio, dovendo questa Corte esaminare la congruità (*rectius*: la non manifesta illogicità) della motivazione della ordinanza impugnata con riferimento allo specifico punto segnalato dalla difesa del ricorrente, va rilevato che il Tribunale di Pesaro ha ritenuto non esente da "colpa" il comportamento dei rappresentanti del Getty Museum i quali, dopo che le originarie trattative per la acquisizione della statua dell'"atleta vittorioso", condotte sotto la personale direzione di J. P. Getty, miliardario statunitense fondatore della istituzione museale in questione, non erano state positivamente definite, come puntualmente e documentatamente rilevato nella impugnata ordinanza, non tanto, o comunque non solo, in ragione della eccessiva pretesa economica del venditore della statua, quanto a causa delle perplessità manifestate, anche dall'autorevolissimo *partner* che aveva affiancato il Getty nella trattativa volta all'acquisto dell'opera d'arte (si trattava, infatti, della amministrazione del Metropolitan Musuem of Arts di Nuova York), in ordine alla legittimità del titolo di provenienza del bene in capo al soggetto che si occupava della sua vendita, deliberarono comunque l'acquisto del manufatto in quanto rassicurati da una serie di pareri ed interlocuzioni intervenute con i consulenti legali della parte venditrice.

Ora, rileva il Collegio, non appare assolutamente priva di logica la motivazione della ordinanza impugnata nella parte in cui, sostanzialmente, reputa siffatte interlocuzioni inadeguate a fondare un legittimo affidamento in ordine alla regolarità della esportazione della statua al di fuori del territorio italiano ed in ordine alla sua libera commerciabilità.

12.3.3 - Invero non può non trascurarsi di considerare che chiedere conferme in ordine alla legittimità di una compravendita a soggetti che, seppure ampiamente qualificati professionalmente, erano istituzionalmente preposti alla tutela degli interessi del venditore, costituisce comportamento, per l'acquirente, connotato quanto meno da una inspiegabile ed ingiustificabile leggerezza; tanto più ove si consideri, premessa la sicura consapevolezza della pregressa esistenza di un articolato contenzioso penale – definito con

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

provvedimenti non tali da escludere la rilevanza penale dei fatti contestati - che aveva interessato l'opera in questione e premessa, altresì, la doverosa conoscenza della normativa italiana in tema di esportabilità e commerciabilità dei beni culturali, che sarebbe stato possibile per tale parte acquisire presso le Autorità nazionali competenti per la cura e tutela dei beni artistici e culturali informazioni certamente meno "di parte" in merito alla legittimità della operazione che si intendeva concludere.

Cosa che, invece, dagli atti risulta che l'Amministrazione del Getty Museum non fece, accontentandosi dei soli elementi informativi ad essa forniti dalla parte venditrice e, pertanto, legittimamente considerati dal Tribunale di Pesaro non indipendenti.

12.4 - Non può essere censurata, sotto il profilo della logicità dell'argomentare la tesi affermata dal Tribunale marchigiano che in tale atteggiamento ha riscontrato gli estremi della colpevolezza e, pertanto, ha escluso che il comportamento della Amministrazione del Museo potesse essere improntato al canone della buona fede.

13.1 - Anche il settimo ed ultimo motivo di ricorso del primo dei due atti impugnatori esaminati presenta una struttura complessa.

Infatti, con riferimento alla censura riguardante la ricorrenza dei presupposti applicativi della confisca prevista dall'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004, parte ricorrente ha dapprima contestato, sotto il profilo della violazione di legge l'avvenuta confisca, della quale è postulata la natura sanzionatoria, in assenza di una pronunzia sulla rilevanza penale del fatto presupposto ed in assenza, questo è il secondo profilo esaminato, di un accertamento effettivo sulla responsabilità.

Ha, infine, il ricorrente lamentato che il Tribunale di Pesaro non abbia fornito alcuna risposta alla censura riguardante il fatto che prima di applicare la misura della confisca non fosse stata esaminata la possibilità di applicare una misura meno gravosa e, pertanto, più rispettosa del rapporto di proporzionalità tra lo strumento giuridico adottato e gli scopi che si intendono perseguire.

13.1.2 - I primi due aspetti della censura, stante l'evidente connessione, possono essere unitamente esaminati.

Deve prioritariamente contestarsi l'affermazione formulata da parte ricorrente secondo la quale dalla ordinanza impugnata non sarebbero emersi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

elementi sufficienti onde affermare che alla base di tutta la presente vicenda non vi siano delle condotte, riferite alla illecita esportazione della opera d'arte in questione ed alla violazione, in occasione della sua esportazione, della normativa sulla esazione dei tributi erariali di confine.

Non vi è, infatti, dubbio alcuno sul fatto che la statua attribuita a Lisippo di Sicione sia stata trasferita, una volta appresa sul natante italiano, sul territorio dello Stato e che sia stata, successivamente, in assenza della obbligatoria denunzia del suo ritrovamento, trasferita al di là dei confini nazionali, in violazione, dell'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004, ovvero della altra normativa (in particolare l'art. 66 della legge n. 1089 del 1939), del quale la disposizione ora richiamata costituisce, peraltro, la continuazione legislativa, con la derivante applicazione, in quanto si tratta di disposizione da quella richiamata, anche dell'art. 301 del dPR n. 43 del 1973, il quale non diversamente dalla precedente disposizione, prevede la confisca obbligatoria di quanto sia stato illecitamente esportato al di fuori dei confini dello Stato in assenza del versamento dei dovuti tributi doganali; la integrazione dei profili morfologici del reato in discorso non è dubitabile, sicché deve ritenersi in linea di principi del tutto giustificata sul piano del diritto la confisca della statua illegittimamente esportata, anche se il reato in questione è stato dichiarato prescritto (in tal senso, infatti, anche Corte di cassazione, Sezione III penale, 7 luglio 2010, n. 25887).

13.2 - Deve, peraltro, considerarsi che la confisca prevista dall'art. 174, comma 3, del dlgs n. 42 del 2004, pur essendo una misura avente contenuto tale da pregiudicare la posizione di chi la subisce in quanto, oltre ad essere connessa sotto il profilo causale alla avvenuta commissione di un reato, va ad incidere in senso deteriore su di un diritto vantato dal soggetto inciso dal provvedimento in questione - e questa è la ragione per la quale essa è legittimata solo in presenza di una relazione di non estraneità, da intendersi tuttavia nei ristretti termini già in precedenza chiariti, fra il soggetto inciso e la commissione del reato – presenta della caratteristiche che la distinguono chiaramente rispetto alle altre ipotesi di confisca stabilite dagli artt. 240 e 240-*bis* cod. pen., essendo la finalità di detta misura essenzialmente destinata non a prevenire, stante la intrinseca pericolosità del bene oggetto di confisca quale strumento per l'aggravamento delle conseguenze del reato commesso o per la commissione di altri reati, il pericolo di ulteriori danni a carico della comunità, essendo, invece, finalizzata a ripristinare la originaria situazione di dominio pubblico sul bene culturale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

13.2.1 - Deve richiamarsi, a questo punto, il chiaro indirizzo esegetico di questa Corte secondo il quale sui beni culturali vige una presunzione di proprietà pubblica con la conseguenza che essi, sulla base di una oramai ultrasecolare tradizione normativa, appartengono allo Stato italiano in virtù della legge (legge n. 364 del 1909; regio decreto n. 363 del 1913; legge n. 1089 del 1939; articoli 826, comma 2, 828 e 832 del codice civile), la cui disciplina è rimasta sostanzialmente invariata anche a seguito della introduzione del decreto legislativo n. 42 del 2004.

Sono fatte salve ipotesi tassative e particolari, nelle quali il privato che intenda rivendicare la legittima proprietà di reperti archeologici o comunque di beni qualificabili come culturali deve fornire la relativa, rigorosa prova, dimostrando, alternativamente che: 1) reperti gli siano stati assegnati in premio per il loro ritrovamento; 2) i reperti gli siano stati ceduti dallo Stato; 3) i reperti siano stati acquistati in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 364 del 1909.

13.3.2 - Le Sezioni civili di questa Corte (Corte di cassazione, Sezione I civile, 10 febbraio 2006, n. 2995, in motivazione) hanno affermato che la legislazione di tutela dei beni culturali, in particolare dei beni archeologici (ma il principio vale anche per gli atri beni di interesse storico-artistico), è informata al presupposto fondamentale, in considerazione dell'importanza che essi rivestono (anche alla luce della tutela costituzionale del patrimonio storico - artistico garantita dall'art. 9 Cost.), dell'appartenenza di detti beni allo Stato, per cui l'art. 826, comma 2, cod. civ. assegna al patrimonio indisponibile dello Stato "le cose d'interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate": disciplina confermata dalla legge. n. 1089 del 1939, artt. 44, 46, 47 e 49, cui rinvia l'art 932, comma 2, cod. civ..

In prosieguo di tempo, prima il dlgs. n. 490 del 1999, all'art. 88, ha disposto che i beni di cui all'art. 2 (che alla lett. *a* enumera "le cose mobili e immobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o demo-etno-antropologico"), da chiunque e in qualunque modo ritrovati, appartengono allo Stato, e, attualmente, il dlgs n. 42 del 2004, all'art. 91, dispone l'appartenenza al demanio o al patrimonio indisponibile dello Stato delle cose, a seconda se immobili o mobili, di cui all'art. 10 cioè "che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico". Da ciò consegue che la disciplina dei beni culturali è retta da una presunzione di proprietà statale che non crea un'ingiustificata posizione di privilegio

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

probatorio perché siffatta presunzione si fonda, oltre che sull'*id quod plerumque accidit*, anche su una "normalità normativa" sicché, opponendosi una circostanza eccezionale, idonea a vincere la presunzione, deve darsene la prova da chi vi abbia interesse.

Pertanto, dal complesso delle disposizioni, contenute nel codice civile e nella legislazione speciale, regolante i ritrovamenti e le scoperte di beni costituenti parte del patrimonio storico artistico nazionale (come si ritiene debba trattarsi per ciò che concerne la più volta richiamata statua dell'"atleta vittorioso") ed il relativo regime di appartenenza, si ricava il principio generale della proprietà statale delle cose d'interesse archeologico o storico-artistico, e della eccezionalità delle ipotesi di dominio privato sugli stessi oggetti (l'ampia citazione di cui sopra è tratta, salve marginali modifiche dalla sentenza della Corte di cassazione Sezione III penale, 22 ottobre 2015, n. 42458, di cui, peraltro, ha doverosamente tenuto buon conto anche l'estensore della motivazione della ordinanza ora censurata; a tale proposito si rileva che nessun rilievo ha la circostanza che nel caso esaminato nella occasione allora in discussione il soggetto inciso dalla misura ablatoria fosse stato anche l'imputato del reato dichiarato prescritto, posto che l'eventuale applicazione del riportato principio generale, con il conseguente corollario della soggezione di costoro alla misura ablatoria della confisca, anche a soggetti che siano terzi rispetto alla commissione del reato è giustificata dalla esistenza del rapporto di non estraneità, da intendersi nei rigorosi termini dianzi chiariti, fra costoro ed il reato commesso; assai di recente analoghi principi sono stati ribaditi da questa Corte con la sentenza Corte di cassazione, Sezione III penale, 7 maggio 2018, n. 19692).

13.3.3 - Da ciò deriva la finalità prioritariamente recuperatoria della confisca stabilita dall'art. 174, comma 3, del dlgs n. 42 del 2004; essendo questa volta a ripristinare materialmente la situazione di dominio che, *ex lege*, lo Stato vanta sui beni in questione, situazione di dominio evidentemente violata attraverso la illecita esportazione del bene in discorso al di fuori dei confini dello Stato e, pertanto, al di fuori dei margini di esercitabilità materiale del dominio *de quo loquitur.*

13.4 - Riguardo alla ritenuta mancanza di proporzionalità fra la misura adottata e la finalità che si intendeva perseguire con essa, oggetto questo della ultima sfaccettatura del settimo motivo di impugnazione presentato dalla prima difesa esaminata del ricorrente, è sufficiente rilevare che, proprio la finalità non eminentemente sanzionatoria della confisca o comunque non

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

indirizzata alla prevenzione di un situazione di potenziale pericolo insita nella disponibilità della cosa oggetto di confisca in capo al suo materiale detentore, ma il suo fine recuperatorio non consentono una graduazione dello strumento adottato dallo Stato.

13.4.1 - A tal riguardo si segnala - in tal senso misurandosi anche con la recente pronunzia emessa dalla Corte Edu con la sentenza GIEM ed altri contro Italia del 28 giugno 2018, nella quel uno dei profili di criticità rispetto ai principi della Cedu (in particolare si allude all'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione che tutela la proprietà privata) della obbligatoria confisca prevista dalla legislazione italiana vigente in materia urbanistica in caso di accertamento di una lottizzazione abusiva (cfr. art. 44 comma 2, del dlgs n. 380 del 2001) è stato ritenuto rinvenibile nella automaticità della misura dato che tale caratteristica, secondo il testuale tenore della citata sentenza, "non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione" – come, nel caso della confisca avente finalità recuperatoria, non ha senso parlare di gradualità della misura.

Invero, mentre con riferimento alla ipotesi della lottizzazione abusiva - per rimanere nel caso oggetto della sentenza emessa da ultimo dalla Corte di Strasburgo - l'interesse pubblico alla tutela ed alla conservazione dell'assetto ordinato del territorio potrebbe, in ipotesi, essere assicurato anche, ad esempio, attraverso misure meno gravose della confisca, quali la semplice rimozione delle manifestazioni esteriori dell'avvenuta trasformazione del territorio, salva rimanendo la titolarità dell'area di sedime delle stesse, una volta operata la loro bonifica dalle superfetazioni abusive, in capo al soggetto che ne aveva la disponibilità, nella ipotesi di cui all'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004 lo scopo del ripristino della condizione di dominio dello Stato sul bene culturale (o addirittura, come nel caso in esame, di primaria materiale accessione del bene al patrimonio pubblico) non è suscettibile di una graduazione, in quanto lo stesso o si realizza con la effettiva ablazione del bene ed la sua assunzione nell'ambito dei beni di cui lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, ha la piena e materiale disponibilità ovvero non si determina in alcun modo.

Infatti sarebbe del tutto insoddisfacente dell'interesse in questione, essendo lo stesso funzionalizzato sia alla conservazione del bene, sia alla sua valorizzazione, sia alla sua fruizione, in quanto testimonianza storica

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dell'insediamento nazionale delle diverse forme di manifestazione della cultura e della civiltà, da parte vuoi degli studiosi che degli altri soggetti dell'ordinamento, una disponibilità pubblica di esso che fosse solamente nominale, tanto più laddove il bene fosse, addirittura dislocato al di fuori dei confini del territorio dello Stato e, quindi, al di fuori dell'ambito di controllo da parte di questo su di esso.

13.5 - Infondata è, pertanto, anche la doglianza avente ad oggetto la mancata valutazione della possibilità di operare un graduazione della misura disposta, atteso che la soddisfazione dell'interesse che sottenda alla adozione della misura non è suscettibile di essere conseguita se non attraverso la materiale acquisizione, tramite la confisca, del bene al patrimonio pubblico.

14.1 - Inammissibile, data la assoluta genericità con la quale la stessa è stata prospettata, d'altra parte sulla base di un serie eterogenea di parametri costituzionali costituiti dagli artt. 2, 3, 27, 42, 111 e 117 della Costituzione ed in assenza di qualsivoglia illustrazione esplicativa in ordine alla violazione del predetti parametri, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004 nella parte in cui non prevede un limite temporale alla possibilità di disporre la confisca del bene culturale illecitamente trasferito oltre i confini nazionali.

Infatti, sebbene sia di esclusiva competenza del giudice rimettente rilevare gli eventuali profili sulla base dei quali rimettere alla Corte costituzionale, riscontatane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale di una disposizione contenuta in una legge ovvero in un atto avente forza di legge, tuttavia compete al soggetto che intenda sollecitare l'esercizio di tale potere da parte del giudice *a quo* segnalare a questo oltre agli estremi della norma indubbiata anche i profili in cui il vizio consisterebbe e gli esatti termini in cui il quesito di legittimità dovrebbe essere articolato (Corte di cassazione, Sezione I penale, 14 febbraio 2000, n. 1712), dovendo, viceversa dichiararsi la radicale inammissibilità della questione ove la stessa sia stata prospettata indicando a suo sostegno motivi assolutamente generici (Corte di cassazione, Sezione VI penale, 13 ottobre 1992, n. 9786).

14.2 - Va, peraltro, rilevato che, anche a tacere del rilevato e di per sé decisivo profilo di genericità, la questione appare manifestamente infondata posto che il ricordato scopo recuperatorio cui sottende la più volte citata misura ablatoria – cioè ripristinare la situazione di dominio dello Stato sul bene illecitamente espatriato – non appare suscettibile di diventare recessivo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

in considerazione del tempo trascorso dal momento della commissione del reato, trovando la posizione del terzo eventualmente coinvolto dalla misura un'adeguata tutela nel fatto che, per essere questi inciso dalla confisca, egli non deve essere risultato estraneo, sempre nei termini sopra delineati, alla commissione del reato.

15.1 - Passando a questo punto allo scrutinio dell'altro ricorso presentato nell'interesse del Clark, in qualità di rappresentante del Getty Museum, osserva la Corte che il primo dei motivi di impugnazione con esso dedotti riguarda la ritenuta fittizietà del procedimento svoltosi avanti il Tribunale di Pesaro, il quale - ha sostenuto la difesa della parte ricorrente - è stato incoato dalla Procura della Repubblica di Pesaro nella piena consapevolezza della già ampiamente maturata prescrizione dei reati contestati o, quanto ad una posizione, della intervenuta morte del soggetto indagato.

La questione è priva di significato sotto molteplici ragioni.

15.2 - In primo luogo anche se il giudizio penale fosse stato introdotto al solo scopo di poter disporre, attraverso gli accertamenti connessi allo svolgimento degli atti di fronte alla Autorità giudiziaria pesarese, la confisca della antica statua greca, esso si smarcherebbe per ciò stesso dalla nozione di *lis ficta*, posto che tale attribuzione - in realtà più consona alla giurisdizione civile che a quella penale - spetta alla ipotesi in cui attraverso il giudizio le parti intendano raggiungere risultati non conformi al diritto (si immagini il caso dell'esperimento di falsa *rei vindicatio* onde in tal modo conseguire gli effetti traslativi del bene tipici della compravendita); in questo caso, invece, l'autorità della pubblica accusa avrebbe raggiunto del tutto legittimamente il risultato del conseguimento di un effetto accessorio alla verifica della rilevanza penale di un certa condotta, ancorché alla stessa non abbia fatto seguito la punizione del responsabili.

Va, peraltro, ricordato che l'avvenuta prescrizione di un reato non è di per sé inevitabilmente ostativa alla affermazione della penale responsabilità del soggetto che quel reato abbia commesso, considerata la astratta rinunziabilità della prescrizione.

Vi è, infine, da dire che, secondo quanto emerge dalla ricostruzione in fatto della vicenda contenuta nella ordinanza impugnata alla base della procedura introdotta dalla Procura pesarese si sarebbe una precisa e circostanziata denunzia presentata da un'associazione, denominata "Le cento

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

città", che costituendo una notizia di reato ha imposto alla Procura della Repubblica competente per territorio di svolgere le opportune indagini penali, salvo poi chiedere l'archiviazione del relativo fascicolo processuale al Gip del Tribunale, senza preclusioni in ordine alla successiva richiesta di confisca in sede di incidente di esecuzione.

15.3 - Il motivo di impugnazione è, pertanto, privo di pregio.

16.1 - Con il secondo motivo il ricorrente ha dedotto, quale illegittimità derivate dalla violazione di legge e dalla manifesta illogicità della sentenza sul punto, il fatto che il Tribunale di Pesaro non abbia ritenuto che nel caso in esame, stante la permanenza dell'opera d'arte presso le sale del Getty Museum da svariati decenni, fosse applicabile, quale legge regolatrice della relazione materiale fra la statua ed il Getty Museum, la legge californiana, in applicazione del criterio di collegamento della *lex rei sitae* previsto dall'art. 51 della legge n. 218 del 1995.

16.2 - L'argomento è anch'esso non condivisibile, ove si consideri per un verso che il tipo di controversia ora in questione non ha ad oggetto la legittimità o meno del titolo di acquisto che il Getty Museum possa vantare sul bene oggetto di confisca, atteso che, evidentemente, quale che sia tale titolo, esso è destinato a recedere di fronte alla legittima adozione del provvedimento ablatorio autoritativo emesso dalla Autorità giudiziaria italiana.

Invero, se fosse in discussione la stessa astratta legittimità del titolo di acquisto della statua da parte del Getty Museum, allora, come questa Corte in passato ebbe modo di chiarire, neppure avrebbe senso discutere della confisca, non essendo cosa astrattamente possibile disporre la acquisizione di un bene al patrimonio di un soggetto che mai ne sia stato giuridicamente privato (*ex aliis*: Corte di cassazione, Sezione II penale, 8 maggio 1984, n. 4174).

16.3 - Peraltro il ricorrente non ha considerato che le stesse disposizioni di diritto internazionale privato adottate dallo Stato italiano con legge n. 218 del 1995, con le quali sono state integralmente sostituite le previgenti disposizioni relative ai criteri di collegamento contenute negli artt. 17 e ss delle cosiddette preleggi, prevedono che le regole dettate dai criteri di collegamento contenuti nella citata legge di riforma non siano applicabili ove le stesse siano tale da determinare l'applicazione di una normativa non nazionale che sia in contrasto con l'ordine pubblico, art. 16, ovvero che

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

determini la subordinazione della disciplina nazionale che sia ritenuta di applicazione necessaria.

16.3.1 - Deve ritenersi che una regola che tuteli la detenzione di *res furtiva* in favore di soggetto che non sia risultato estraneo alla commissione del reato di cui la *res* costituisca l'oggetto materiale sia in contrasto con l'ordine pubblico e debba cedere di fronte alla applicazione della normativa nazionale di applicazione necessaria che escluda il verificarsi di tale conseguenza.

17.1 - Relativamente al terzo motivo di ricorso, col quale è contestata la mancata applicazione delle "norme di diritto internazionale privato convenzionali", si rileva che si tratta di censura del tutto generica, posto che il ricorrente, al di là di una complessiva doglianza in ordine alla inconferenza al caso di specie della Convenzione UNIDROIT del 1995, cui gli Stati Uniti di America non hanno aderito, ed alla omessa adozione delle procedure previste dalla Convenzione UNESCO del 1970, non ha inteso indicare di quali disposizioni egli lamenta la mancata o la indebita applicazione né, tantomeno, ha individuato le conseguenze che tali violazioni avrebbero avuto in ordine alla effettività materiale della decisione assunta dal Tribunale di Pesaro, in funzione di giudice della esecuzione.

18.1 - Con il quarto motivo di ricorso la difesa del Clark ha dedotto la violazione dell'obbligo di motivazione in ordine alla dimostrazione della esistenza di solidi legami fra l'ambiente culturale nazionale ed il manufatto in questione che, dimostrandone l'appartenenza al patrimonio artistico italiano, ne giustificano la particolare tutela; in particolare il ricorrente ha stigmatizzato la motivazione della ordinanza impugnata nella parte in cui essa riconduce l'appartenenza della statua dell'"atleta vittorioso" all'ambito dei beni culturali nazionali sulla base della verosimile permanenza del suo ritenuto autore, Lisippo di Sicione, nel territorio della penisola ed in funzione del fatto che il manufatto, per le modalità in cui è stato ritrovato, su un fondale marino e ricoperto di incrostazioni, era andato disperso nel corso di un trasporto che lo avrebbe dovuto condurre verso un approdo sulle coste italiche.

Ad avviso del ricorrente tale motivazione è priva di consistenza, palesandosi come meramente apparente.

18.2 - Ora, si osserva, che, diversamente da quanto ritenuto da parte della ricorrente difesa, non vi è dubbio che la statua dell'"atleta vittorioso", in quanto espressione artistica il cui rinvenimento la ha condotta ad essere

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

portata all'interno del territorio nazionale, sia oggetto che costituisce parte del patrimonio artistico dello Stato.

Tale rilievo si fonda non solo sulla indubbia circostanza che l'opera è stata rinvenuta da un peschereccio italiano ed issata a bordo di esso, già in tal modo entrando all'interno del territorio nazionale, ma essa è giustificata dalla appartenenza di essa a quella continuità culturale che ha, fin dal primordi del suo sviluppo, legato la civiltà dapprima italica e poi romana alla esperienza culturale greca, di cui quella romana ben può dirsi la continuatrice.

E' ben vero, come sapientemente ricordato dalla difesa del Clark nella memoria illustrativa in cui sono contenuti i motivi nuovi di impugnazione, che l'opera di pervasione territoriale dei Romani nella Grecia propriamente detta era militarmente iniziata solo nel 146 avanti Cristo con la caduta di Corinto e la sconfitta della Lega Achea (sebbene, vada ricordato, fosse già precedente la conquista della Macedonia, fattore non casualmente ricordato ove si consideri che proprio lo scultore Lisippo deve parte della sua fama al fatto di essere stato autore di statue di bronzo raffiguranti, con icastica espressività, le fattezze di Alessandro il Macedone, che lo prediligeva fra gli artefici; cfr. infatti, Antologia Planudea, epigramma 119), tanto che solo in epoca proto imperiale Orazio, nella sua Epistola ad Augusto, ricordò, nel celeberrimo distico, come *Graecia capta, ferum victorem cepit / et artes intulit agresti Latio* (Horati Epistulae, 2, 1, v. 156 e seg), ma non può trascurarsi di considerare quanto maggiormente risalente fosse stata la influenza greca sul territorio italico; molte delle più importanti figure storico culturali greche ebbero i natali in quelle che erano allora le colonie greche in territorio italico (Gorgia nasce a Leontini, [redacted] Archimede a Siracusa, solo per citarne alcuni fra i maggiori), altri vi hanno abitato sino a rivendicarne l'appartenenza (è noto che Erodoto, nato ad Alicarnasso in Asia minore, si definisse "turio", per la sua lunga presenza nella colonia greca di Turi, nella odierna Puglia); è altrettanto noto come le prime espressioni artistico letterarie riferite alla latinità fossero immediatamente riconducibili a personalità formatesi in ambiente greco (per tutti Livio Andronico, anche in questo caso giunto a Roma - al seguito di Livio Salinatore, da cui prese il *nomen* - dalla natia Taranto, città ove era stato ed aveva operato anche Lisippo di Sicione).

18.3 - Da tale sommarissima rassegna non può che dedursi la esistenza di un *continuum* fra la civiltà greca, importata in territorio italico, e la successiva esperienza culturale romana; *continuum* del quale costituisce una

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

conferma proprio la presenza al largo di Pedaso, in quelle che ora sono le Marche, della statua dell'"atleta vittorioso".

Invero in relazione ad essa può ragionevolmente dedursi che, sia che fosse trasportata da una nave salpata a sua volta dal territorio italico – è, infatti, come detto documentata la presenza di Lisippo sicionio in quella che era Taranto - sia che fosse stata trasportata da una nave partita dalle coste ioniche della penisola greca, il luogo di destinazione fosse uno dei porti adriatici della penisola italiana, ad ulteriore testimonianza della appartenenza, *ab illo tempore*, del manufatto all'orbita culturale del nostro Paese.

Ciò, in ragione del rilevante legame culturale fra la statua e l'ambiente nazionale (del quale, come detto, essa costituisce una testimonianza del risalente processo di formazione), rende evidentemente giustificata la esigenza della speciale protezione che deve essere accordata al bene in questione, anche attraverso la sua necessaria materiale riacquisizione al patrimonio artistico nazionale, violato a causa della sua illegittima esportazione all'estero.

19.1 - Con il successivo motivo di ricorso, la seconda difesa del Getty Museum ha contestato l'applicazione dell'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004 in ragione della sua sopravvenienza rispetto al momento in cui si sarebbero verificati i fatti di cui alla imputazione contestata nel giudizio svoltosi di fronte al Tribunale di Pesaro, nonché in relazione alla identificazione dei contorni della nozione di "persona estranea al reato" ed al travisamento della categoria di bene *extra commercium*.

19.2 - La articolata censura non è fondata.

Quanto al primo aspetto è sufficiente osservare che la disposizione di cui sopra, cioè l'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004, si pone in una relazione di continuità normativa con il preesistente art. 66 della legge n. 1089 del 1939 nonché con l'art. 123, comma 3, del dlgs n. 490 del 1999, i quali, parimenti, prevedevano la confisca del bene culturale che fosse stato illegittimamente esportato verso Paesi esteri; la censura sollevata ha, pertanto, un valore meramente nominalistico e, di conseguenza, la stessa, quanto all'aspetto descritto, non è meritevole di accoglimento.

19.3 - Riguardo alla nozione di persona estranea al reato, costituendo tale qualifica elemento impeditivo alla adozione del provvedimento ablatorio, si rinvia a quanto già osservato in relazione alla analoga questione contenuta

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

nel primo ricorso redatto dalle difese del Clark e già precedentemente esaminata.

Si aggiunge solamente che poco rilevo ha il riferimento alla presunzione di buona fede che assiste in linea generale la posizione del possessore.

Invero in questa situazione, a tutto voler concedere, si è di fronte al due contrapposte ipotesi di presunzione, l'una, invocata dalla difesa del Getty Museum, afferente alla buona fede del possessore, l'altra, rivendicata nella ordinanza impugnata, afferente alla presunzione di originaria appartenenza, salvo prova contrario avente ad oggetto la ricorrenza delle sopra menzionate circostanze derogatorie, dei beni culturali allo Stato.

Ritiene il Collegio che, di fronte all'insanabile contrasto fra le due presunzioni di segno opposto, debba essere data la prevalenza alla presunzione di appartenenza del bene allo Stato, posto che attraverso di essa si privilegia l'interesse pubblico nazionale alla custodia, conservazione, valorizzazione e fruizione del bene culturale.

19.4 - Infine quanto alla affermazione che il bene costituito dalla statua dell'"atleta vittorioso" non sarebbe una *res extra commercium* e, pertanto, suscettibile di usucapione, si rammenta come, recentissimamente, questa Corte si sia espressa, in fattispecie avente sensibili profili di analogia con la presente, in termini sostanzialmente opposti, rilevando che i beni culturali, soggetti al regime del demanio pubblico, non sono suscettibili di valida *possessio ad usucapionem* (Corte di cassazione, Sezione II civile, 15 ottobre 2018, n. 25690).

20.1 - Con il sesto motivo di impugnazione la seconda difesa del Getty Museum ha lamentato la violazione di legge e la illogicità della motivazione in ordine al concetto di buona fede soggettiva e di presunzione di non colpevolezza.

Rileva il Collegio che, come, peraltro già esposto nell'esaminare il precedente ricorso redatto nell'interesse del Getty Museum, il Tribunale di Pesaro ha desunto la non estraneità dei rappresentanti della citata istituzione museale alla commissione del reato di esportazione clandestina dal fatto che questi, senza svolgere con la dovuta diligenza le opportune verifiche sulla legittima provenienza della opera d'arte in questione, abbiano, con colpevole superficialità, in occasione della acquisizione della statua, pur nella indubbia consapevolezza della scabrosità della vicenda sottostante, confidato nelle

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

informazioni di parte che gli erano state fornite dai legali che patrocinavano gli interessi dei venditori, senza acquisire alcun elemento da soggetti pubblici o comunque terzi rispetto all'affare.

20.2 - La buona fede soggettiva, che consiste nella consapevole convinzione di non ledere con il proprio comportamento posizioni soggettive di altri individui, non può essere legittimamente fondata su condotte in relazione alle quali la consapevolezza di cui sopra origina, come nella presente fattispecie ha plausibilmente ritenuto il Tribunale di Pesaro, da superficialità o negligente considerazione dell'effettivo stato dei fatti.

20.3 - Il ricorrente ha ancora lamentato il vizio di motivazione della ordinanza impugnata in relazione alla valutazione della adeguatezza delle verifiche compiute dal *Board of Trustees* del Getty Museum prima di procedere all'acquisto della statua; tali verifiche, secondo il ricorrente - anche alla luce di quanto riferito dal teste addotto di fronte al Tribunale di Pesaro dalla difesa del Clark, si tratta della Professoressa De Mott, secondo la quale l'acquirente può legittimamente fare affidamento sulle dichiarazioni rese dal venditore o da un di lui mandatario - sarebbero tali da escludere il coinvolgimento della predetta istituzione nel commissione del reato di cui all'art. 174 del dlgs n. 42 del 2004.

Rileva il ricorrente che il non avere considerato esaustive le verifiche operate dal Getty Museum attraverso l'acquisizione di tranquillizzanti *affidavit* rilasciati da quelli che il ricorrente definisce "testimoni esperti", cioè i legali di parte venditrice, corrisponderebbe alla applicazione di schemi mentali estranei alla esperienza giudiziaria statunitense in cui l'affidarsi al *expert witness* è prassi comune e nessuno, per come testualmente riportato nel ricorso, "si sognerebbe mai di ritenerli inaffidabili solo perché addotti dalle parti", dovendo il contenuto delle loro dichiarazioni essere semmai contestato sulla base della carenza in capo a tali testimoni di quella qualifica di esperto che attribuisce a quanto da loro riportato una particolare rilevanza processuale.

20.3.1 - La doglianza è inammissibile, essa, in realtà, mira a contestare, sotto il profilo del vizio di motivazione, una valutazione discrezionale operata dal Tribunale di Pesaro in applicazione del principio del libero convincimento del giudice; infatti, la valutazione sulla diligenza con la quale gli organi del Getty Museum hanno proceduto all'acquisto della statua dell'"atleta vittorioso" non poteva evidentemente essere compiuta sulla base di regole assiologiche, non essendo queste esistenti, ma sulla base di regole di esperienza, interpretate secondo il canone della prudenza.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Il Tribunale ha, plausibilmente, ritenuto che detto canone non fosse stato rispettato a causa del fatto che l'Amministrazione del Getty Museum si era limitata ad acquisire pareri, pur autorevolmente resi, di soggetti che non potevano essere considerati terzi, in quanto portatori degli interessi di una delle parti coinvolte nell'affare.

Nessuna rilevanza può essere attribuita al fatto che, secondo la dichiarata prassi giudiziaria statunitense, una siffatto comportamento avrebbe integrato gli estremi del comportamento accorto e diligente; il giudice nazionale non è, infatti, vincolato, in assenza di disposizioni normative che ne limitino la discrezionalità, ad applicare non esaurientemente chiarite prassi giudiziarie estranee all'ambiente processuale nel quale il giudizio viene celebrato, peraltro concernenti condotte tenute da soggetti che rispetto a queste prassi sono a loro volta essi stessi del tutto estranei.

La valutazione sulla congruità dell'esercizio di detta discrezionalità deve essere operata tenendo presente la intrinseca correttezza e logicità delle scelte in tal modo compiute e non in funzione del rispetto di procedimenti o di pratiche non normativamente recepite nel nostro ordinamento.

20.3.2 - Né, nel caso ora in esame, può ritenersi logicamente viziata la scelta discrezionale operata dal Tribunale di Pesaro di non ritenere esaustiva, sotto il profilo della diligenza l'attività informativa svolta dal Getty Museum attraverso la sola acquisizione di elementi conoscitivi forniti dalla sua controporte contrattale ovvero da soggetti a quest'ultima legati da un rapporto professionale caratterizzato da un'elevata componente fiduciaria.

21. 1 - Riguardo all'ultimo motivo di impugnazione, con il quale la difesa del Clark ha lamentato l'omessa motivazione in ordine alla applicabilità della usucapione ordinaria, istituto che comporta la acquisizione della proprietà a titolo originario per effetto del possesso prolungato nel tempo, anche a prescindere dalla buona fede del possessore, oltre a ribadirsi i rilievi già dianzi formulati in ordine al fatto che il possesso dei beni culturali, trattandosi di cose che si presumono *extra commercium* non è valido ai fini della integrazione del particolare modo di acquisto della proprietà di cui si discute, deve rilevarsi, anche sotto altro aspetto, della incongruità della censura ora illustrata.

Infatti la logica delle deduzione di parte difensiva sta nel ritenere che, ove il Getty Museum avesse conseguito con un titolo astrattamente legittimo, tanto più se essa fosse a titolo originario, la titolarità del bene di cui si tratta,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

allora la predetta istituzione museale dovrebbe andare indenne dagli effetti della confisca disposta.

L'assunto è errato in diritto, posto che, come peraltro, già dianzi osservato, l'esistenza di un titolo proprietario, astrattamente legittimo, è il presupposto logico della confisca, in quanto diversamente, non essendo mai il bene uscito dalla sfera di titolarità dello Stato, non avrebbe senso riferirsi all'istituto della confisca, non potendo essere oggetto di confisca qualche cosa che è già dello Stato.

21.2 - L'evidente infondatezza della argomentazione svolta dalla difesa del Clark in ordine alla rilevanza della eventuale usucapione maturata in favore del Getty Museum, rende ora inammissibile la censura di omessa motivazione sul punto, in conformità con il più volte dichiarato principio di diritto secondo il quale, *mutatis mutandis,* è inammissibile, per carenza d'interesse, il ricorso per cassazione avverso il provvedimento in cui non sia stato preso in considerazione un argomento difensivo inammissibile *ab origine* per manifesta infondatezza, in quanto l'eventuale accoglimento della doglianza non sortirebbe alcun esito favorevole in sede di giudizio di rinvio (Corte di cassazione, Sezione VI penale, 2 dicembre 2015, n. 47722; *idem* Sezione II penale, 11 marzo 2015, n. 10173).

22.1 - Nella memoria contenente i motivi aggiunti, redatta dall'avv. Gaito, la difesa del ricorrente, prendendo lo spunto dalla recente sentenza della Corte Edu sul casi GIEM ed altri contro Italia, ribadita la natura di vera e propria sanzione penale della confisca, ha contestato, quanto al caso di specie, la legittimità della sua irrogazione in quanto si tratterebbe di provvedimento che interferisce con il pacifico godimento della proprietà privata, senza che sia stato previsto in meccanismo di graduazione del suo contenuto, tale da garantirne, senza rigidi automatismi, la proporzionalità degli effetti rispetto allo scopo perseguito.

Sempre in sede di motivi aggiunti il ricorrente ha lamentato il fatto che la confisca sia stata disposta in sede esecutiva senza che sia stata previamente accertata, in un processo penale "giusto" la responsabilità penale di alcuno.

22.2 - Ambedue i profili, sebbene meritevoli di interesse, non meritano tuttavia accoglimento.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

22.2.1 - Con riferimento al primo, già si è illustrata la finalità eminentemente recuperatoria e non sanzionatoria della misura della confisca prevista dall'art. 174, comma 3, del dlgs n. 42 del 2004.

Essa, infatti, si ribadisce, mira prioritariamente a ricondurre nell'alveo dei beni nella materiale disponibilità dello Stato, affinché questo possa attendere rispetto ad essi alle necessarie cure inerenti la custodia, conservazione e disponibilità verso la comunità dei medesimi, gli oggetti che abbiano una rilevanza storico-culturale nella formazione della civiltà locale e nazionale.

E' per evidenti ragioni di tutela sostanziale della posizione del terzo, ove a carico di questo non sia stato possibile esprimere alcun giudizio di disvalore, che, considerata la innegabile valenza pregiudizievole degli interessi di costui, l'ordinamento fa salva la condizione di chi sia rimasto estraneo alla illegittima sottrazione del bene, attraverso la sua esportazione, al materiale dominio dello Stato; ma non in considerazione della natura afflittiva della misura, posto che, ove fosse stata questa la natura della misura, sarebbe stato necessario dimostrare non la mera non estraneità del terzo al reato ma la diretta partecipazione di questo alla sua commissione.

22.2.2 - Quanto alla proporzionalità della misura già si è osservato come, data la indicata finalità da essa perseguita, non vi è margine ad una sua graduazione, posto che l'interesse che sottende alla sua adozione potrà essere soddisfatto solo tramite il materiale e stabile recupero ai beni pubblici del bene culturale in questione.

22.3 - Riguardo al secondo profilo, attinente alla disposizione della confisca in sede esecutiva, esso è, quanto al caso di specie, del tutto infondato, posto che, anche a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 109 del 2015, il giudizio di fronte al Tribunale di Pesaro in funzione di giudice della esecuzione si è svolto in forma pubblica e con l'assicurazione in favore del Getty Museum di tutti i diritti connessi all'esercizio della difesa nell'ambito di un processo in contraddittorio fra le parti, di tal che non vi è dubbio che la celebrazione del giudizio ha rispettato i canoni del "giusto processo" come sanciti in via di principio, dall'art. 111 della Costituzione.

22.4 - Quanto poi alla affermazione che si sia trattato, come si legge nella ricordata memoria della difesa del ricorrente, "di una procedura incidentale di infimo rango", si tratta valutazione che non sembra poter avere

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

accesso di fronte a questa Corte, né in realtà di fronte al alcun organo di giustizia, posto che appare quantomeno problematico istituire una gerarchia fra i procedimenti penali che ne collochi taluni in vetta ad una scala di valori ed altri, celebrati con le medesime garanzie di giustizia e rigore, ai piedi di essa.

22.5 - D'altra parte che la confisca obbligatoria possa essere disposta anche in sede di incidente esecuzione non è certo una singolare trovata sostenuta dal solo Tribunale di Pesaro (Corte di cassazione, Sezione VI penale, 27 luglio 2006, n. 26268).

23. 1 - In conclusione i due ricorsi presentati nell'interesse di Stephen Clark, in qualità di legale rappresentante del J. P. Getty Trust, devono essere entrambi rigettati ed il ricorrente va condannato, visto l'art. 616 cod. proc. pen., al pagamento delle spese processuali.

PQM

Rigetta i ricorsi e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 30 novembre 2018

Il Consigliere estensore Il Presidente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale