

# La prelazione artistica sui beni culturali di proprietà privata

di Armando Calogero

Sommario: I. Premessa - 1. Il regime giuridico dei beni culturali privati – 2. Il profilo civilistico e il momento solidaristico della valorizzazione ad iniziativa privata – 3. Il fondamento costituzionale dei poteri pubblici. II. La prelazione artistica - 1. La fattispecie e le finalità. – 2. La natura giuridica. – 3. I presupposti: tipologie negoziali sottoposte a prelazione. – 3.1. Il vincolo “culturale”, notificazione e trascrizione. – 4. Le condizioni della prelazione. – 4.1. Il termine per l’esercizio della prelazione. – 4.2. La natura recettizia del provvedimento di prelazione. – 4.3. Il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato – 4.4. La non vincolatività per l’Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione. – 4.5. La facoltà di recesso dell’acquirente. – 4.6. Il limite temporale della prelazione in caso di denuncia omessa o tardiva ovvero incompleta. III. La nullità degli atti di alienazione - 1. La violazione dell’art. 164. IV. Il procedimento di prelazione - 1. La motivazione dell’atto – 2. Il procedimento dello Stato: comunicazione di avvio, denuncia dell’atto di trasferimento, adozione del provvedimento e sua notifica, impegno contabile. – 3. Il procedimento degli Enti territoriali locali. V. Le conseguenze dell’esercizio della prelazione - 1. Gli effetti e il contratto di locazione precedentemente concluso – 2. Il rapporto obbligatorio tra l’alienante e lo Stato: la determinazione del prezzo – 2.1. Il pagamento del prezzo. VI. I beni culturali mobili – 1. La prelazione sui beni culturali mobili. VII. Questioni processuali - 1. Il riparto di giurisdizione, il litisconsorzio necessario e la legittimazione all’impugnativa.

I, Premessa 1. Il regime giuridico dei beni culturali privati I beni di proprietà privata aventi lo status, secondo le norme del “Codice dei beni culturali e del paesaggio” (in prosieguo solo Codice)(1) , di “beni culturali”(2) sono sottoposti ad un regime giuridico limitativo della libera circolazione(3) che prevede, in caso di alienazione tra privati, il potere di prelazione dello Stato(4) (in subordine della Regione o della Provincia o del Comune ) che, ove esercitato, determina l’acquisizione dei beni in mano pubblica e la caducazione dell’atto di trasferimento. Tale prelazione c.d. artistica(5) risulta applicabile anche ai beni culturali pubblici(6), ma assume maggiore rilevanza in relazione ai beni culturali privati sia perché per l’alienazione dei beni culturali pubblici il momento fondamentale è costituito dall’autorizzazione da parte

del Ministero(7) sia perché la prelazione sui beni culturali privati viene a comprimere in maniera incisiva gli spazi dell'autonomia privata costituzionalmente garantita(8). Nel Codice la distinzione fondamentale dei beni culturali viene fatta in relazione all'appartenenza: 1) sono considerati beni culturali pubblici quelli appartenenti a soggetti pubblici (Stato, Regioni, Enti territoriali, altri Enti pubblici) o a Enti privati senza scopo di lucro (ivi compresi gli Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti) (9); 2) sono beni culturali privati quelli appartenenti a persone fisiche o a società commerciali. La distinzione si riflette sul tipo di regime giuridico ad essi applicabile e più specificatamente sulla disciplina differenziata in merito all'alienazione dei beni culturali appartenenti a privati e ad Enti pubblici. I beni culturali in mano pubblica sono considerati beni demaniali (c.d. demanio culturale) se appartengono allo Stato, alle Regioni, e agli Enti pubblici territoriali e se rientrano nelle tipologie indicate nell'art. 822 c.c.; mentre sono considerati beni patrimoniali indisponibili (art. 826 c.c.) ovvero disponibili se appartengono allo Stato e agli Enti pubblici territoriali o a qualsiasi Ente pubblico. (10) I beni del demanio culturale sono assolutamente inalienabili. (11) Gli altri beni culturali appartenenti ad Enti pubblici o Enti senza scopo di lucro possono essere alienati previa autorizzazione rilasciata dal Ministero(12), nonché successiva denuncia dell'atto di vendita all'Autorità competente, che, ove ricorrono i presupposti, può esercitare la prelazione. I beni culturali appartenenti ai privati sono alienabili senza necessità di alcuna autorizzazione ministeriale, fermo restando l'eventuale esercizio della prelazione dello Stato o di altro Ente pubblico territoriale interessato. (13) L'art. 10, comma 3, del Codice individua come beni culturali in mano privata: 1. le cose immobili e mobili che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante; 2. gli archivi e singoli documenti appartenenti a privati, che rivestono un interesse storico particolarmente importante; 3. le raccolte librerie appartenenti a privati, che rivestono un eccezionale interesse culturale; 4. le cose immobili e mobili a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria, della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose; 5. le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che, per tradizione fama e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico. La differente disciplina per i beni culturali pubblici e privati, in caso di alienazione, si fonda sulla presunzione del legislatore che l'appartenenza pubblica sia la condizione migliore per garantire il fine pubblico della tutela e conservazione, nonché della fruizione sociale dei beni culturali e dell'arricchimento intellettuale della collettività. (14) L'assunto è condiviso dalla

giurisprudenza secondo cui la proprietà pubblica assolve meglio al compito, cui è funzionalizzata, di provvedere alle esigenze pubbliche di utilizzazione collettiva e di conservazione effettiva dei beni(15). Al privato invece sono imposti obblighi più per la conservazione che per la fruizione collettiva dei beni culturali. Il proprietario solo in alcuni casi (beni immobili o collezioni o serie riconosciute di eccezionale interesse culturale o beni restaurati con il contributo dello Stato) è obbligato a concordare con l'Amministrazione le modalità di visite pubbliche. Non sono mai accessibili i beni mobili "individui" dei privati, salvo atto di liberalità. La presunzione che la propria del bene culturale (fruizione e conservazione) possa essere meglio assicurata dall'appartenenza del bene ai pubblici poteri, avrebbe potuto indurre il legislatore a sottrarre i beni culturali dalla sfera giuridica patrimoniale dei privati. Ha invece preferito limitare le facoltà del diritto dominicale e gli interessi dei singoli cittadini, imponendo vincoli alla proprietà dei beni. La legge, quindi, in ordine ai beni culturali privati ha mirato più che alla fruizione al contemperamento delle esigenze pubbliche con le facoltà connesse al contenuto della proprietà(16). In tale contesto si inseriscono le forme di acquisto privilegiate, come la prelazione. (17) La rilevanza di tale istituto nelle vicende circolatorie dei beni culturali e alcune recenti modifiche apportate alla sua disciplina, da ultimo ad opera del DLgs 62/2008, danno occasione per uno studio sistematico della prelazione artistica che tenga conto degli orientamenti attuali della dottrina e della giurisprudenza in materia. (18) Tuttavia per meglio inquadrare la problematica, oggetto della presente ricerca, appare opportuno procedere alla trattazione dell'istituto subito dopo(19) aver tentato un approccio con la tematica "bene culturale", perno della normativa limitativa e della disciplina di settore(20), al fine di approfondire l'aspetto privatistico e l'attività socialmente utile dell'iniziativa privata nell'ambito della sua configurazione giuridica, fortemente contrassegnata dalla funzione sociale che l'ordinamento riconosce al bene avente la qualificazione di "culturale" (21). Come pure si impone, in via preliminare, una riflessione sul fondamento costituzionale dei poteri pubblici sui beni culturali privati(22) limitativi della libera disponibilità, tra cui spicca l'acquisto privilegiato della Pubblica Amministrazione.

2. Il profilo civilistico e il momento solidaristico della valorizzazione ad iniziativa privata. Lo statuto normativo per le cose di proprietà privata di interesse culturale viene fissato nell' art. 839 c.c. che opera un espresso rinvio "alle disposizioni delle leggi speciali" (23), in particolare a quelle all'epoca vigenti della legge 1089/1939(24). L'art. 839 c.c. inserito tra le norme di carattere generale in tema di proprietà, dove è specificato il contenuto del diritto ex art. 832 c.c., pone in evidenza che il bene culturale privato non viene sottratto alla disciplina privatistica, ma che le disposizioni del Codice Civile vanno ricollegate con quelle della legge speciale, dando risalto all'intento del legislatore di attuare un

contemperamento tra interessi privati ed esigenze pubblicistiche. (25) In particolare la norma di cui all'art. 839 c.c. vuole indicare che il bene avente la qualifica di "culturale", nonostante debba soggiacere alle disposizioni della legge speciale, mantiene il regime di diritto privato, onde non perde la sua idoneità ad essere oggetto di diritti da parte di terzi e la sua alienabilità e trasmissibilità. (26) La proprietà su di esso è comunque una proprietà normale. (27) L'art. 839 c.c. però, attraverso il rinvio alle disposizioni della legge speciale, sposta il profilo giuridico del bene culturale verso una dimensione pubblicistica. Il che, anche se non altera la relazione di appartenenza del bene culturale (conservato nella proprietà preesistente e di massima nella disciplina di diritto privato) lo sottopone contemporaneamente ad una disciplina pubblicistica (per la rilevanza sociale e di fruizione collettiva), che si sovrappone a quella che il bene stesso ha a prescindere dalla qualificazione giuridica di "culturale". Questo aspetto particolare conferisce ai beni culturali una connotazione tra pubblico e privato e costituisce l'elemento fondamentale per la loro giusta configurazione giuridica. Tuttavia la collocazione dei beni culturali nell'ambito del diritto privato, come oggetto di un diritto riconducibile all'art. 832 c.c. (28), senza tenere conto del particolare status del bene, cozza contro la previsione di cui all'art. 839 c.c. che contiene comunque una limitazione di carattere pubblicistico attraverso il rinvio alla legge speciale. A ragione quindi la dottrina maggioritaria(29), pur non negando che i beni culturali soggiacciono anche ad una disciplina civilistica, insiste sulla dimensione pubblicistica mettendo in evidenza la loro particolare funzionalizzazione all'interesse pubblico alla luce della disciplina dettata dalla legge speciale. Una volta spostata la collocazione in ambito pubblicistico, i poteri pubblici sui beni culturali dei privati sono stati variamente definiti: limitazioni del dominio; compressione del diritto di proprietà; vincoli a carattere pubblicistico. Sennonché queste concezioni se evidenziano l'appartenenza dei beni ai privati e la compressione della proprietà privata, non tengono conto della funzionalizzazione dei beni all'attuazione dell'interesse pubblico, né tengono conto dell'appartenenza funzionale al patrimonio culturale della nazione (art. 9 Costituzione) indipendentemente dall'appartenenza sia pubblica che privata(30). Per comprendere in un'unica categoria i beni culturali pubblici e privati, aventi la stessa funzionalizzazione, è stata quindi elaborata per essi la nozione di beni di interesse pubblico(31). Ma tale nozione trascura il fatto che per i beni dei soggetti pubblici a regime demaniale e del patrimonio indisponibile è riservata una condizione giuridica del tutto particolare e non assimilabile agli altri beni culturali. In conseguenza si è pervenuti ad una nuova configurazione (in termini unitari) dei beni culturali maggiormente condivisa dalla dottrina(32). Tale costruzione unitaria si ricollega alla distinzione tra cosa e bene giuridico(33) ossia fra un'entità che forma parte del mondo fisico e la sua attitudine a soddisfare un interesse umano ed

essere qualificata e disciplinata dal diritto. La cosa che costituisce il supporto del bene culturale è oggetto di una doppia qualificazione giuridica: in relazione alla sua appartenenza e come possibile oggetto di diritti reali o obbligatori essa è un bene patrimoniale disciplinato dal Codice Civile; in quanto portatrice di un valore culturale (quale qualità attinente al bene) è un bene culturale assoggettato alle norme pubblicistiche speciali che mirano alla sua conservazione e alla sua fruizione a favore della collettività. In sostanza nella stessa entità materiale (in cui si fonde il bene culturale) coesistono due valori della cosa: quello economico (oggetto di diritti e obbligazioni) e quello culturale (costituito dall'interesse culturale riconosciuto). Oggetto dei poteri della Pubblica Autorità è la sua qualità culturale e non la sua utilità patrimoniale spettante naturalmente al proprietario, pubblico o privato chiunque esso sia. In tale ottica il bene culturale è un bene immateriale in quanto il valore culturale che attribuisce la qualificazione giuridica al bene è un valore immateriale(34). L'immaterialità costituisce poi un ulteriore elemento unificante della categoria unitariamente considerata. Ora tale costruzione ha il pregio di porre in evidenza il profilo del collegamento all'interesse pubblico (da cui discende la qualità culturale che assoggetta la cosa – l'oggetto fisico – al regime giuridico particolare), spostando la rilevanza del bene culturale su un piano superiore a quello prettamente patrimoniale privatistico al fine di comporre il conflitto tra pubblico e privato. Ma non tiene conto che nel bene culturale confluiscono due ordini di interessi (aspettative dei soggetti privati ed esigenze pubblicistiche) che non sono necessariamente in antitesi(35). In particolare non pone attenzione al fatto che la disciplina giuridica in materia per il miglioramento degli strumenti di tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali richiede sempre più la collaborazione dei privati cittadini. Infatti il Codice guarda alla cooperazione con i soggetti privati per favorire la loro partecipazione nell'acquisizione di maggiori risorse e per consentire e promuovere il loro consenso nella gestione dei beni culturali. La valorizzazione ad iniziativa privata, secondo l'art. 111, comma 4, del Codice, è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale. Gli artt. 111, 112, 113, 114, 115 e 116 si possono annoverare tra le norme del Codice che danno applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale(36), riconosciuto dalla Costituzione, e stanno a significare che la normativa di settore si affida per la politica sui beni culturali anche sull'assunzione di iniziative e responsabilità da parte dei soggetti privati. La collaborazione dei privati costituisce un aspetto privatistico preordinato funzionalmente dalla Costituzione e dal Codice alla valorizzazione dei beni culturali. Essa dunque è il momento individuale orientato costituzionalmente, in termini di funzionalizzazione, al momento sociale, ponendosi come superamento del conflitto tra interessi privati e interessi pubblici(37). E' in tale ottica che la stessa proprietà

privata è orientata costituzionalmente verso risultati utili alla collettività in quanto assolve ad una funzione sociale (art. 42 Costituzione) (38). 3. Il fondamento costituzionale dei poteri pubblici. La disciplina prevista dal Codice in ordine ai beni culturali pone dei significativi limiti alle tradizionali facoltà del diritto di proprietà sia in relazione al diritto di fruire dei beni sia in relazione al diritto di alienare i beni, giungendo fino all'azzeramento del diritto di proprietà, allorché titolare del diritto sui beni sia un soggetto privato. Tali vincoli incidono sul contenuto del diritto di proprietà così come riconosciuto dall'art. 832 del Codice Civile: "diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" (39) (sebbene nei limiti fissati dall'ordinamento giuridico). In particolare sui proprietari gravano doveri e divieti allo scopo di garantire l'integrità fisica dei beni da possibili fattori negativi esterni (artt. 20-28 Codice), per salvaguardarli da situazioni e/o azioni negative onde assicurarne la tutela a vantaggio delle generazioni future (artt. 29-44 Codice). Si tratta di pregnanti obblighi di fare a carico dei proprietari che rendono i beni culturali gravati da obbligazioni in rem (40). Inoltre la Pubblica Amministrazione può limitare il libero e pieno utilizzo dei beni da parte dei proprietari imponendo loro di astenersi da interventi che possono arrecare danno ovvero obbligandoli ad assumere determinati comportamenti. In tal caso alla Pubblica Amministrazione è attribuito il potere volto a conformare e regolare, anche attraverso provvedimenti amministrativi (41), diritti e comportamenti dei privati inerenti il patrimonio culturale (art. 3 Codice) (42). In alcuni casi i poteri pubblici non sono finalizzati alla tutela dei beni culturali (integrità fisica e conservazione per le generazioni future), bensì per evitare fenomeni di depauperamento e di dispersione del patrimonio culturale nel suo insieme (43). Si tratta di strumenti di controllo attribuiti alla Pubblica Amministrazione per imporre limiti alle alienazioni dei beni culturali (artt. 53-64 Codice, relativi alla circolazione dei beni culturali in ambito nazionale) o alle esportazioni degli stessi (artt. 65-87 Codice, relativi all'uscita o all'ingresso dei beni culturali dal o nel territorio nazionale). In tali casi all'Autorità Amministrativa è riconosciuto il diritto di acquisire coattivamente i beni culturali privati trasferendoli in mano pubblica (prelazione – art. 60; acquisto coattivo all'esportazione – art. 70; espropriazione – art. 95 Codice) (44). Sostanzialmente ablatorio (ma con caratteri diversi dall'espropriazione), come meglio si dirà in seguito, è il provvedimento amministrativo con il quale si esercita la prelazione, come riconosciuto dalla Corte di Cassazione, dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, nonché dalla dottrina maggioritaria (45). Tenuto conto dei poteri pubblici in campo culturale, occorre riflettere sulla legittimità costituzionale dei vincoli imposti ai beni culturali privati, ivi compresi i limiti alla loro libera circolazione e all'azzeramento del diritto dominicale. In particolare occorre stabilire se le norme del Codice, che li prevedono, trovano fondamento direttamente nella nostra

Costituzione e se essi sono compatibili con il diritto di proprietà privata costituzionalmente garantito. La norma della Costituzione che determina l'intervento pubblico in campo culturale è quella contenuta nell'art. 9, che espressamente tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tale articolo si pone inequivocabilmente come "principale referente normativo circa la misura e gli obiettivi dell'intervento culturale pubblico" (46). Esso introduce il valore culturale nel novero dei principi costituzionali che rappresentano il nucleo centrale dei fini-valori accolti dalla carta costituzionale, in quanto traducono sul piano giuridico le istanze basilari della comunità civile e sono il prodotto dell'evoluzione storica affermatasi nella Costituzione. In conseguenza il riconoscimento nel dettato costituzionale della tutela del "patrimonio storico e artistico della Nazione" deve intendersi come affermazione dell'esigenza di tutelare il patrimonio spirituale e culturale della collettività, cioè l'insieme dei valori che animano la comunità. Il che significa che a livello costituzionale l'interesse culturale riceve l'esplicito riconoscimento di interesse collettivo e può essere considerato come uno dei valori sui quali poggia l'attuale organizzazione della comunità nazionale. Inoltre il valore culturale, in quanto interesse collettivo fondamentale riconosciuto dall'art. 9 della Costituzione, contiene per ciò stesso un profilo solidaristico che si collega all'art. 42 della Costituzione(47), di cui si dirà a breve. Alla luce di tali considerazioni i diritti e i poteri dello Stato che impongono pregnanti vincoli in tema di circolazione dei beni culturali (ivi compreso l'azzeramento del diritto di proprietà), sebbene costituiscano un rilevante privilegio attribuito alla Pubblica Amministrazione, trovano fondamento nell'art. 9 della Costituzione e si giustificano in relazione al fine (cui è tenuta l'Autorità pubblica) di salvaguardare beni, facenti parte del patrimonio culturale della Nazione, ai quali sono connessi interessi collettivi primari per la vita del Paese(48). Ma il potere della Pubblica Amministrazione sul bene culturale non può non determinare un conflitto fra l'interesse pubblico (sociale) e l'interesse privato, dal momento che colui che è proprietario del bene trova il riconoscimento del suo diritto nell'art. 42 della Costituzione. Sicché, essendo la tutela del patrimonio culturale nazionale (art. 9 Cost.) e la tutela della proprietà privata (art. 42, comma 1, Cost.) due valori fondamentali costituzionalmente garantiti, il superamento del conflitto fra interessi privati e interessi pubblici può aversi solo in forza di un principio unificatore contenuto nella stessa Costituzione. La norma della Costituzione che contiene tale principio unificatore e quindi il superamento del conflitto pubblico-privato è quella contenuta nell'art. 42, comma 2, dove si afferma che la legge determina i limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la "funzione sociale". La consacrazione a livello costituzionale della "funzione sociale" legata al diritto di proprietà è il risultato di un processo storico evolutivo che ha portato negli ultimi tempi a concepire lo Stato

moderno secondo forme sempre più sociali e ad attenuare la rigida impronta individuale del diritto dominicale e quel suo carattere assoluto, che si collega al diritto romano e al Codice di Napoleone, nonché allo spirito borghese - liberale e al pensiero giuridico anteriore all'entrata in vigore dell'attuale Costituzione. La funzione sociale però non va intesa nella sua accezione tecnica di dovere del titolare del diritto di tutelare interessi altrui. La proprietà privata, secondo la Costituzione, che rinvia alla legge per i modi di acquisto e di godimento (art. 42, comma 2), e secondo l'art. 832 c.c. che ne determina estensione e contenuto, è un istituto riconosciuto per il soddisfacimento dell'interesse del suo titolare e del bisogno di libertà insito nell'uomo. Tuttavia la concezione individualistica del diritto di proprietà, come diritto "pieno ed esclusivo" (art. 832 c.c.), è temperata dalla funzione sociale che la proprietà deve assicurare e che è il profilo solidaristico di collaborazione sociale, che collega l'art. 42 all'art. 9 della Costituzione. La collaborazione sociale richiede poi che il diritto di proprietà sia sottoposto a limiti in presenza di un interesse pubblico (sociale) da soddisfare. In conseguenza la norma costituzione in questione va intesa non solo nel senso che la proprietà è attribuzione di un bene al titolare del diritto per il suo interesse e quale affermazione della sua libertà, ma anche nel senso che, dovendo il bene assolvere ad una funzione sociale, questa è assicurata con i limiti al diritto di proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione(49). Tuttavia l'intervento di funzionalizzazione non può arrivare al punto di non permettere l'identificazione dell'istituto nelle sue linee essenziali. In altri termini non possono introdursi in nome della funzione sociale così tante limitazioni da azzerare l'essenza stessa della proprietà privata. Il procedimento di avocazione dei beni privati in mano pubblica è comunque previsto dall'art. 42, comma 3, della Costituzione, dove si legittima lo Stato, nei casi stabiliti dalla legge, a procedere all'espropriazione dei beni di proprietà privata per motivi di interesse generale e salvo indennizzo. In conclusione l'art. 42 della Costituzione legittima la Pubblica Amministrazione ad imporre vincoli sui beni e addirittura a determinarne la privazione (trasferimento coattivo a favore dello Stato), quando l'interesse pubblico (sociale) lo richiede. In particolare per quanto riguarda il bene culturale il limite al diritto di proprietà sul bene, che legittima a livello costituzionale il potere pubblico ad intervenire per la sua tutela sia conformando le facoltà proprietarie sia azzerando il diritto dominicale, è la sua stessa qualità, quale interesse pubblico (sociale) artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico (50).

II. La prelazione artistica. 1. La fattispecie e le finalità. La prelazione artistica è disciplinata all'interno del capo IV (Titolo I, Parte Seconda) del Codice emanato con D.Lgs. 42/2004(51), relativo alla circolazione dei beni culturali in ambito nazionale, e specificatamente agli artt. 60, 61, 62. L'istituto mantiene, con modifiche significative, il regime giuridico tracciato dalla legislazione previgente e si completa con la



“denuncia di trasferimento” di cui all’art. 59, la cui funzione è preordinata all’esercizio della prelazione. Gli artt. 59, 60, 61 e 62 hanno successivamente subito modifiche da parte del D. Lgs. 156/2006 e gli artt. 60 e 62 ulteriori modifiche ad opera del D. Lgs. 62/2008(52). In particolare la prelazione artistica è regolata secondo il seguente schema: 1. Il proprietario (o detentore) è tenuto a denunciare al Ministero gli atti che trasferiscono in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o la detenzione dei beni culturali (art. 59); 2. Nel caso di alienazione a titolo oneroso il Ministero (o la Regione o altro Ente pubblico territoriale interessato) ha la facoltà di acquistare il bene in via di prelazione al medesimo prezzo stabilito nell’atto di alienazione (art. 60); 3. La prelazione deve essere esercitata entro sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia (art. 61). Lo Stato (o l’Ente territoriale) ha quindi il potere di intervenire in una vicenda traslativa tra privati per acquistare il bene culturale caducando il negozio di alienazione validamente concluso, sebbene sottoposto a condizione sospensiva (art. 61). Il passaggio di proprietà in mano pubblica avviene con l’emissione del provvedimento formale, con cui si esercita la prelazione, e con la sua notificazione all’alienante e all’acquirente (art. 61). Segue l’emissione del mandato di pagamento da parte dell’Ente prelazionario (art. 60). Si tratta quindi di una fattispecie complessa con effetti traslativi reali (passaggio del bene in proprietà del demanio) e con effetti obbligatori (obbligo del pagamento del prezzo) (53) . L’acquisto in via di prelazione può essere operato solo con riferimento alle alienazioni a titolo oneroso o anche quando il bene sia a qualsiasi titolo dato in pagamento (art. 60) (54). La prelazione artistica costituisce un privilegio a favore della Pubblica Amministrazione giustificato dal fine cui è preordinato di salvaguardare interessi primari per la vita culturale del Paese, costituzionalmente garantiti (art. 9 Cost.) (55). I menzionati articoli del Codice non indicano le finalità che il legislatore ha inteso perseguire attraverso la prelazione. Tuttavia dottrina e giurisprudenza ravvisano nell’istituto uno strumento per il perseguimento di finalità politico-culturali, connotato da una duttilità di impieghi ed indirizzato sia alla tutela e conservazione dei beni culturali che alla loro promozione e valorizzazione, alla luce dei principi costituzionali e della normativa di settore(56). Inoltre attraverso la prelazione si attua il controllo del mercato delle opere d’arte e la protezione del patrimonio culturale ed artistico da parte dello Stato(57). Secondo la giurisprudenza poi la prelazione può consentire “una migliore tutela e, in particolare, una migliore valorizzazione e fruizione del pregio storico-artistico”. (58) In effetti l’acquisto dei beni culturali in mano pubblica rimuove certamente i limiti alla loro fruibilità, rendendo accessibili beni che in precedenza, in virtù dell’appartenenza ai soggetti privati, o erano interamente preclusi alla fruizione (beni mobili) o erano fruibili in modo parziale (beni immobili o collezione o serie di eccezionale interesse). Pertanto gli obiettivi di politica culturale, a cui deve essere preordinata la prelazione,

sono quelli che realizzano l'interesse pubblico al godimento del patrimonio culturale nella sua interezza(59). Le finalità dell'istituto appaiono rilevanti perchè ad esse si collega la motivazione con la quale si esplicitano le ragioni che, nel caso concreto, hanno spinto l'Amministrazione ad emettere il provvedimento(60), nonché appaiono rilevanti quando l'atto viene sottoposto al sindacato del giudice amministrativo(61).

2.La natura giuridica. La qualificazione dell'istituto con il termine "prelazione" (art. 61, comma 1, del Codice) e non più con la locuzione "diritto di prelazione" (tradizionalmente presente nella legislazione previgente) aggiunge ulteriori argomenti al dibattito(62) sulla natura giuridica della prelazione artistica (63) tra sostenitori di una impostazione pubblicistica e sostenitori di un orientamento privatistico. In particolare si dibatte se la prelazione artistica debba essere collocata nel novero delle figure privatistiche di prelazione legale (64)ovvero se ne discosti per la particolare disciplina che prevede la presenza di predominanti aspetti autoritativi dell'intervento acquisitivo pubblico(65). Secondo il Codice Civile la prelazione è il diritto di un determinato soggetto ad essere preferito a terzi, a parità di condizioni, nel caso in cui il proprietario di un bene decida di alienarlo (pactum de contrahendo, se il proprietario si obbliga a stipulare con il solo prelazionario ovvero pactum de non contrahendo , se il proprietario si obbliga a non stipulare con altri che non sia il prelazionario). Ai fini dell'esercizio della prelazione il proprietario è poi tenuto a rivolgere l'adenuntiatio (proposta contrattuale) al prelazionario per informarlo delle condizioni pattuite con il terzo e per farlo intervenire nella formazione del contratto prima della sua conclusione. Esempi di prelazione legale previsti dal Codice Civile sono quelli riguardanti: il coerede (art. 732); il concedente l'enfiteusi (art. 966); il mezzadro (art. 2157); il partecipante all'impresa familiare (art. 230 – bis, comma 5); i soci (art. 2355 – bis, comma 1); il conduttore di immobile ad uso diverso dall'abitativo (art. 38 della legge 27.7.1978 n. 392). In caso di inosservanza il prelazionario pretermesso ha il potere di agire nei confronti del venditore per inadempimento ex art. 1218 c.c. ed eventualmente nei confronti del terzo di mala fede per illecito aquiliano ex art. 2043 cc. Ora la prelazione artistica, sebbene anch'essa prevista dalla legge, diverge dagli schemi civilistici così come delineati per le prelazioni legali(66) . Anzitutto tale prelazione può essere esercitata dopo la stipula del contratto di alienazione tra le parti e non prima della sua conclusione. L'art. 61 del Codice prevede infatti che l'atto di alienazione (valido) è sottoposto ad una condizione sospensiva che si avvera nel caso in cui, entro il termine di sessanta giorni, lo Stato non esercita la propria facoltà. Inoltre la denuncia di trasferimento ex art. 59 non equivale alla denuntiatio (che si rivolge al prelazionario), poiché questa è una vera e propria proposta contrattuale ed invece quella si riferisce ad un contratto già concluso. Ancora lo Stato non diventa parte del contratto(67), né si verifica la sostituzione dello Stato nella medesima

posizione contrattuale del terzo acquirente, in quanto manca l'effetto surrogatorio al contraente originario (come avviene nella prelazione civilistica) dato che lo Stato non subentra nei diritti e obblighi dell'acquirente. Infatti, nella prelazione legale il prelazionario acquista la proprietà nelle medesime condizioni proposte al terzo, mentre nella prelazione artistica lo Stato non è vincolato alle clausole contrattuali (art. 61, comma 5) e anzi ha facoltà di esercitare la prelazione su una parte delle cose alienate (art. 61, comma 6), nonché la possibilità di determinare d'ufficio il valore economico del bene ( art. 60, comma 2). L'acquisto del bene da parte dello Stato quindi non si verifica per effetto del contratto di alienazione, ma trae origine dal provvedimento amministrativo, con cui si esercita la prelazione, che produce l'effetto traslativo della proprietà, purché notificato all'alienante e all'acquirente nel suddetto termine di sessanta giorni(68) , secondo regole e principi estranei al diritto civile. La denuncia ex art. 59, lungi dall'essere una proposta, influisce solo sul termine massimo a disposizione dello Stato per la notifica del provvedimento di prelazione e sul momento a partire dal quale decorrono i termini di decadenza di sessanta giorni. Sulla base di tali argomentazioni la dottrina maggioritaria, con l'avallo della giurisprudenza , riconduce l'istituto nell'ambito degli atti ablatori di diritto pubblico. (69) In particolare la giurisprudenza è portata a considerare la prelazione artistica a favore dello Stato come espressione di un potere di supremazia per il conseguimento dell'interesse pubblico alla conservazione e alla fruizione dei beni culturali, che si esercita attraverso un provvedimento amministrativo avente natura e finalità ablatorie(70). In ossequio alla concezione ablativo-pubblicistica appare quindi eliminata la locuzione "diritto di prelazione", già identificativa dell'istituto(71). Ma le caratteristiche dell'istituto, che non sono semplicemente espressione di un potere di trasferimento coattivo del bene privato per finalità pubbliche, non giustificano una concezione squisitamente ablatoria della prelazione artistica. Infatti il provvedimento amministrativo è emanato a seguito della manifestazione di volontà del proprietario di cedere ad altri il bene e ad un prezzo che di regola impegna l'Amministrazione. La prelazione non incide quindi nel senso che il bene viene sottratto al proprietario contro la sua volontà, ma nel senso che il proprietario non ha il potere di disporre del bene nel modo voluto(72). Inoltre poiché il provvedimento amministrativo non può adottarsi se non sul presupposto fondamentale che ci sia la volontà del proprietario di alienare, l'elemento volontaristico costituisce una specificità nell'ambito della struttura(73) tipica dei procedimenti ablatori . In tal senso l'atto amministrativo di prelazione si configura come atto conformativo(74) dell' effetto traslativo voluto dall'alienante, con una connotazione sia di elementi pubblicistici che di privatistici e con una centralità della volontà del privato(75). Sicché la divergenza della prelazione artistica rispetto agli schemi civilistici (in particolare le clausole contrattuali che non

vincolano lo Stato, salvo per il prezzo) è giustificata dal fatto che il prelazionario è lo Stato e soprattutto in considerazione degli interessi pubblici che lo Stato è tenuto a tutelare. D'altra parte la divergenza dalle regole di diritto comune si riscontra anche in altre fattispecie del nostro ordinamento le quali assicurano la tutela degli interessi pubblici senza necessità di costituire veri e propri privilegi a favore dell'Amministrazione(76). Tra queste, ad esempio, i contratti ad evidenza pubblica caratterizzati dalla fase procedimentale di diritto pubblico finalizzata in particolare all'adozione del provvedimento con il quale l'Amministrazione manifesta la sua volontà di contrattare (delibera a contrattare), cui fa seguito la fase prettamente negoziale (contratto) sottoposta al regime privatistico. Nella prelazione artistica i tratti caratteristici delle prelazioni legali possono essere così riscontrati: accordare la preferenza ad un soggetto rispetto ad altri ai fini dell'acquisto di un bene che il proprietario intende liberamente cedere. La deviazione del diritto civile, cioè l'acquisto dello Stato realizzato con un effetto traslativo reale diverso da quello voluto dal proprietario, è giustificata dal carattere tipicamente autoritativo dell'agire del soggetto pubblico per la tutela di prevalenti interessi pubblici (culturali) che conforma un segmento del procedimento di prelazione lasciando il resto delle attività alla regolamentazione civilistica(77). In particolare il provvedimento amministrativo, tranne l'effetto di sostituire l'acquirente inizialmente prescelto con lo Stato, ha essenzialmente carattere negoziale (accettazione del prezzo). In tale ottica il potere che legittima l'Amministrazione ad esercitare la prelazione ha portato parte della dottrina a ritenere che esso, quale conseguenza del vincolo a suo tempo imposto al bene, ha natura di diritto potestativo(78), nel senso che "la prelazione è attuata dallo Stato con un provvedimento amministrativo, atto di esercizio a contenuto negoziale, di un vero e proprio diritto potestativo di fonte legale, al quale è estranea la dimensione della coazione: l'acquisto del bene è solo l'effetto di un trasferimento potestativo" (79). In effetti la fattispecie della prelazione artistica si presenta con tipici profili privatistici che si intrecciano con gli aspetti pubblicistici che sono prevalenti e giustificano una riconducibilità dell'istituto tra le figure ablativo. Infatti la considerazione che il trasferimento della proprietà a favore dello Stato si determini a seguito di esplicita manifestazione di volontà del proprietario del bene, sta a significare che l'esercizio della prelazione è avviato ad iniziativa privata e non pubblica. L'argomentazione secondo la quale il ristoro economico a favore del proprietario non è limitato, come per gli istituti espropriativi, all'indennizzo fissato nella procedura espropriativa ai sensi dell'art. 42, comma 3, della Costituzione, ma coincide con il prezzo del bene determinato nel contratto dalle parti, porta solo ad attenuare il profilo autoritativo coattivo insito nell'atto ablativo. Ma ciò che maggiormente rileva è che la prelazione può essere esercitata anche in caso di omessa

denuncia del contratto di alienazione (art. 61, comma 2), cioè quando il proprietario vuole eludere la prelazione o comunque quando, in applicazione dell'art. 164, comma 2, la prelazione è esercitata indipendentemente dal fatto che l'alienante abbia fatto conoscere la propria volontà di alienare. (80) Sicché in tal caso è certo che l'Amministrazione con l'esercizio della prelazione attua l'esplicazione di un potere di supremazia per il conseguimento di un interesse pubblico alla conservazione e alla fruizione dei beni culturali, dando luogo ad un acquisto che si produce non attraverso un negozio giuridico (venendo incontro alla volontà del proprietario privato), ma per effetto di una manifestazione della potestà d'imperio(81). Al contrario, nella prelazione legale civilistica, in caso di omissione della denuncia, il titolare del diritto di prelazione deve rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per l'annullamento dell'atto di trasferimento e per l'esercizio della prelazione. In conseguenza il potere di prelazione va ricondotto nella categoria generale dei poteri dello Stato di effettuare trasferimenti coattivi(82) e di emettere provvedimenti ablativi, rispetto ai quali è irrilevante la volontà del privato e la validità o meno dell'atto di alienazione sottostante. Tuttavia il potere di acquisto dei beni culturali non è riconducibile ad una potestà ablatoria di tipo espropriativo. Infatti la prelazione artistica, pur manifestando una sostanza ablativa, è distinta dagli ordinari provvedimenti di natura espropriativa in quanto si collega ad una iniziativa negoziale dei privati(83). Infatti il suo esercizio presuppone l'esistenza di un atto idoneo a trasferire la proprietà del bene culturale dall'originario proprietario al terzo. Inoltre determina l'obbligo del pagamento del prezzo liberamente fissato nell'atto di trasferimento. Il che significa che in questa fattispecie il carattere ablatorio è meno accentuato rispetto alle fattispecie ablatorie in senso stretto ad iniziativa pubblica con pagamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 42, comma 3, della Costituzione. 3. I presupposti: tipologie negoziali sottoposte a prelazione. L'esercizio della prelazione artistica presuppone la presenza di specifici atti precedentemente posti in essere. Per tale motivo il potere della Pubblica Amministrazione di acquisire in via di prelazione i beni culturali dei privati è subordinato all'esistenza di determinati presupposti. In particolare devono sussistere: (84) 1. un atto di alienazione del bene culturale o comunque un atto traslativo a titolo oneroso, perfettamente valido, anche se sottoposto a condizione sospensiva del mancato esercizio della prelazione; (85) 2. un vincolo "culturale", a cui il bene è assoggettato per effetto del riconoscimento dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice(86), in forza di un provvedimento amministrativo debitamente notificato e successivamente trascritto in capo all'alienante. In ordine al primo presupposto occorre anzitutto definire la nozione di atti a titolo oneroso e, quindi, individuare le tipologie negoziali che costituiscono l'oggetto della prelazione (su cui incide), più circoscritto rispetto a quello della denuncia, che ricomprende anche gli

atti a titolo gratuito. L'art. 60 del Codice, nella formulazione adottata dal D.Lgs. 42/2004, tra gli atti sottoposti a prelazione, contempla espressamente le seguenti fattispecie: 1. le alienazioni a titolo oneroso dietro pagamento di un prezzo; 2. le alienazioni a titolo oneroso dietro corrispettivo diverso dal denaro; 3. la permuta; 4. la datio in pagamento. Risulta quindi evidente che l'art. 60 ha voluto circoscrivere l'ambito di operatività della prelazione a tutte le tipologie di atti che presentano i seguenti requisiti: il trasferimento del bene culturale (come contenuto dell'atto) e l'onerosità (come causa dell'atto) non necessariamente consistente nel pagamento di un corrispettivo in denaro. (87) Tale disposizione, pertanto, ha inteso collegare la prelazione non all'esistenza di un contratto tipo o ad una specifica causa negoziale, ma alla presenza di una regolamentazione tra le parti che comporti comunque un effetto traslativo del bene soggetto a vincolo e che sia caratterizzata dall'esistenza di un reciproco sacrificio patrimoniale delle parti allo scopo di conseguire una attribuzione patrimoniale. (88) Il che significa che sono soggetti a prelazione tutti quei negozi atipici a prestazioni corrispettive che, sebbene non costituiscono una compravendita in senso stretto, abbiano i medesimi effetti reali (trasferimento della proprietà del bene) a fronte di un corrispettivo non necessariamente pecuniario che conferisce all'atto natura onerosa. Inoltre è necessario, anche in mancanza di una espressa disposizione, (89) che l'alienante sia pieno proprietario e che l'atto su cui incide la prelazione riguardi il trasferimento delle proprietà onde si determini l'acquisto della proprietà del bene da parte dello Stato. Ciò in quanto la finalità della prelazione(90), che è quella di soddisfare l'interesse pubblico al godimento e alla conservazione del patrimonio culturale, può essere realizzata solo con l'acquisto della piena proprietà del bene da parte dello Stato e non con l'acquisto degli altri diritti reali limitati. (91) L'art. 60, a seguito delle modifiche apportate al Codice dal D.Lgs. 156/2006, prevede anche espressamente che lo Stato (o l'Ente territoriale locale) ha facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali conferiti in società al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento, ampliandosi così le tipologie degli atti soggetti a prelazione e togliendo il dubbio interpretativo che aveva alimentato la precedente disputa esistente in dottrina al riguardo. (92) Il fatto che la prelazione si applica anche al contratto societario, in caso di apporto di un bene culturale, sottolinea, stante la connotazione imprenditoriale delle società commerciali, la mutata considerazione dei beni culturali, quali oggetto non solo di tutela conservativa, ma anche di valorizzazione. Sicché, fermo restando l'esigenza di tutela, di essi viene sfruttata anche la capacità di produrre reddito. (93) Il bene culturale conferito in società è sottoposto alla disciplina della prelazione sia in sede di costituzione che in sede di aumento di capitale sociale. (94) Ciò significa che al bene culturale conferito in società si applica, oltre alla normativa societaria sui

conferimenti in natura, anche l'istituto della prelazione. (95) Ma non è soggetta a prelazione la cessione di quota di partecipazione ad una società che sia proprietaria di un bene culturale in quanto oggetto della cessione è la posizione di socio e non la cessione del bene, la cui proprietà continua ad essere della società. La prelazione è anche esclusa nel caso di cessione della totalità delle quote di una società, il cui capitale comprenda il bene culturale, dato che non vi è il trasferimento della proprietà del bene. Infatti la società "prima e dopo l'alienazione delle azioni, continua ad essere la proprietaria del bene culturale, con l'unica differenza che l'intero suo pacchetto azionario non è più di un soggetto ma di un altro". (96) Per gli stessi motivi (manca il trasferimento della proprietà del bene) la prelazione non si applica al contratto preliminare, che costituisce un accordo tra le parti privo di effetti reali, da cui deriva solo l'obbligo di concludere un successivo contratto di alienazione, a seguito della cui stipula si avrà il trasferimento del bene. (97) Solo da tale successivo contratto, produttivo di effetti traslativi, decorrono i termini per l'esercizio della prelazione. Nel caso del contratto preliminare ad effetti anticipati, cioè con consegna anticipata del bene, la prelazione è pure esclusa in quanto la consegna anticipata del bene "non trasferisce il possesso, che si trasmette con il trasferimento delle proprietà, ma soltanto la detenzione" (98). Il contratto preliminare traslativo della detenzione è però soggetto all'obbligo della denuncia di cui all'art. 59 del Codice. (99) Non sorge neanche l'obbligo della denuncia, né il corrispondente potere di prelazione dello Stato, nel caso in cui il bene sia stato acquistato dai terzi per usucapione in epoca anteriore al provvedimento impositivo del vincolo ex art. 13 del Codice (100) Per mancanza del sinallagma, non soggiace alla prelazione, la rinuncia del proprietario al proprio bene a favore di terzi senza corrispettivo (rinuncia abdicativa). (101) Se invece la rinuncia sia avvenuta dietro corrispettivo (rinuncia traslativa), poiché in tal caso la rinuncia è finalizzata a produrre gli stessi effetti di una alienazione onerosa determinando a favore del beneficiario lo scopo pratico del trasferimento in proprietà del bene e a favore del rinunciatario una attribuzione patrimoniale, la prelazione è applicabile. Per gli stessi motivi (si trasferisce la proprietà del bene) la prelazione è applicabile alla rendita (102) sia perpetua (art. 1861 c.c.) che vitalizia (art. 1872 c.c.), ove costituita a titolo oneroso. (103) Non realizzandosi il trasferimento della proprietà del bene, sono esclusi dall'operatività della prelazione gli atti relativi ai diritti reali di godimento (usufrutto, servitù e abitazione) o di garanzia (pegno e ipoteca). (104) Infatti in tali casi, la vicenda circolatoria dell'acquisto da parte del terzo sia che abbia natura derivativa – costitutiva sia che abbia natura traslativa riguarda esclusivamente il trasferimento della detenzione del bene (usufrutto, abitazione, pegno) per cui deve essere solo effettuata la denuncia ex art. 59. (105) Va comunque sottolineato che una compressione di tali diritti, poiché assicurano un mero godimento temporaneo e non

l'arricchimento del patrimonio culturale, è anche contraria al principio costituzionale tutelato della libertà della proprietà privata, ove non derivi dal collegamento dell'art. 9 della Costituzione (patrimonio culturale della nazione) con l'art. 42, comma 2 (funzione sociale della proprietà privata). (106) Tuttavia, nel caso di costituzione onerosa dei diritti reali di garanzia, la prelazione artistica sorge in presenza di espropriazione, di esecuzione immobiliare e di vendita nelle procedure concorsuali. Ma deve essere fatta valere in pregiudizio dell'aggiudicatario e non del proprietario che ha costituito il diritto reale di garanzia. Infatti, se la prelazione fosse fatta valere in pregiudizio del proprietario lo Stato diventerebbe titolare di un diritto reale di garanzia senza essere titolare del credito garantito. (107) Rientra nell'ambito di operatività della prelazione, l'alienazione della nuda proprietà di un bene culturale gravata da usufrutto. (108) Malgrado qualche dubbio sulla sua compatibilità con la finalità della prelazione, la tesi positiva si basa sul fatto che la nuda proprietà, sebbene limitata dall'usufrutto, è destinata ad avere un carattere temporaneo e a riprendere la consistenza normale (con la successiva riunione all'usufrutto), per cui tale diritto reale è idoneo all'assicurare alla Pubblica Amministrazione immediati poteri sulla gestione del bene. (109) Va escluso l'esercizio della prelazione in relazione al negozio di affrancazione del fondo enfiteutico, in quanto, stante l'esistenza del diritto reale dell'enfiteuta, il diritto del concedente l'enfiteusi non è equiparabile al diritto di proprietà piena del bene. (110) In verità, a seguito dell'affrancazione, l'enfiteuta acquista la piena proprietà del fondo previa corresponsione di una somma di denaro. Ma l'atto di affrancazione, sebbene possa configurarsi come alienazione a titolo oneroso ha l'effetto di determinare solo il passaggio di un diritto di proprietà limitata del concedente in favore dell'enfiteuta e, quindi, non realizza a favore dello Stato l'effetto traslativo della piena proprietà, quale condizione per l'esercizio della prelazione, (111) secondo quanto precedentemente detto. Ne la posizione del concedente l'enfiteusi può essere equiparata a quella del nudo proprietario, come sostenuto dalla giurisprudenza. (112) Infatti l'enfiteusi può essere perpetua, sicché il concedente non potrebbe mai acquistare la proprietà piena, salvo l'ipotesi di devoluzione che però implica l'inadempimento degli obblighi dell'enfiteuta. (113) Inoltre l'enfiteuta, diversamente dall'usufruttuario, può acquistare la piena proprietà del bene esercitando il diritto potestativo di affrancazione. Non sono soggetti all'esercizio della prelazione gli atti di trasferimento mortis causa, e gli atti di donazione. (114) Gli atti di successione a causa di morte, sebbene abbiano carattere traslativo per l'erede e il legatario testamentario, non possono considerarsi atti di alienazione ai sensi dell'art. 60 del Codice, mancando del requisito dell'onerosità e non essendo atti tra vivi. (115) Gli atti di donazione sono invece atti di alienazione tra vivi, ma, essendo atti con causa gratuita, (116) mancano anch'essi del requisito



dell'onerosità e sono, quindi sottratti all'operatività della prelazione. Tuttavia nel caso in cui gli atti di donazione non siano completamente gratuiti e contemplino anche una onerosità dell'atto, occorre procedere ad una indagine, (117) per verificare nel caso concreto, (118) se il negozio utilizzato, in base ai rapporti istaurati tra le parti in ordine al bene culturale, possa ritenersi a titolo gratuito o a titolo oneroso con conseguente applicazione o meno della prelazione. (119) La dottrina appare divisa in relazione a tali casi di "negotium mixtum cum donatione". Parte di essa sostiene l'applicabilità della prelazione in quanto tale negozio va propriamente annoverato tra quelli a titolo oneroso, restando l'intento di liberalità un semplice motivo del contratto. (120) Altra parte della dottrina esclude la prelazione in considerazione della rilevanza dell'intento di donazione che non permette di ricondurre con certezza la fattispecie tra i negozi a titolo oneroso. (121) Non vi è l'esercizio della prelazione nel caso di divisione in quanto atto di natura meramente dichiarativa e quindi privo di efficacia traslativa a titolo oneroso della proprietà. (122) In particolare, a prescindere dall'effetto dichiarativo o costitutivo della divisione, con tale atto si perviene ad una diversa titolarità del diritto di proprietà e si attua una trasmissione del possesso. (123) Parimenti non soggiacciono alla prelazione gli atti di fusione e scissione, cui partecipano società proprietarie dei beni culturali in quanto non possono essere considerati atti di alienazione o di conferimento ai sensi dell'art. 60 del Codice. Infatti per effetto della fusione o della scissione i beni culturali vengono acquisiti dalla società risultante dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero dalla società scissa, mentre ai soci vengono assegnate azioni o quote di partecipazione della società che risulta dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero della società scissa. Il che può far ritenere che trattasi di conferimento in società. (124) Ma, poiché (diversamente dal conferimento in società) le quote o azioni della società risultante dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero scissa vengono attribuite non alla società che perde la proprietà del bene culturale ma ai suoi soci, non sussiste il sinallagma (proprio del contratto di società) perché non c'è identità tra il soggetto che attua la prestazione del bene culturale (la società dante causa che perde la proprietà del bene) e chi riceve la controprestazione (i suoi soci che ricevono la partecipazione sociale). (125) Dubbi sorgono in ordine all'applicazione della prelazione al contratto di transazione per la difficoltà di ravvisare l'onerosità delle prestazioni. Ciò in quanto lo scopo pratico perseguito con la transazione non è quello di uno scambio di prestazioni, ma quello di prevenire o di porre fine ad una lite giudiziaria. La giurisprudenza ammette l'esercizio della prelazione ravvisando anche in tal caso la realizzazione di un effetto traslativo. (126) Appare però più corretto limitare l'applicazione della prelazione ai soli casi in cui il bene è trasferito in base ad una pregressa situazione debitoria dell'alienante e non ai casi in cui vi è un rapporto

controverso relativo alla titolarità del diritto sul bene, che esulano dalla previsione di cui all'art. 60 del Codice. (127) La prelazione artistica deve ritenersi applicabile anche ai contratti di leasing che stabiliscono il patto di acquisto a favore dell'utilizzatore del bene dato in leasing nel caso in cui tale bene sia un bene culturale. (128) Le operazioni di leasing prevedono normalmente una compravendita a favore della società di leasing e una locazione tra tale società e l'utilizzatore del bene, con previsione di una opzione di acquisto a favore dell'utilizzatore. La prelazione può operare sia in relazione al primo contratto di compravendita sia nel caso del successivo acquisto da parte dell'utilizzatore. Tuttavia, se la prelazione viene esercitata nel momento in cui l'utilizzatore si avvale dell'opzione di acquisto, lo Stato è tenuto a corrispondere non solo la somma dovuta per l'esercizio dell'opzione, ma eventualmente anche i canoni corrisposti dall'utilizzatore, ove imputabili come rate anticipate dal prezzo. (129) Si pone infine il problema dell'ammissibilità della prelazione nel caso in cui l'alienazione del bene culturale riguardi una quota e non la titolarità del bene unitariamente considerato. In proposito, appare irrilevante la previsione di cui all'art. 59 del Codice secondo la quale l'obbligo della denuncia sussiste in caso di cessione "in tutto o in parte". (130) Infatti l'obbligo di denuncia è stabilito per una pluralità di atti che non sempre danno luogo all'esercizio della prelazione. La Cassazione (131) in ordine alla prelazione su quota del bene culturale si è espressa in maniera sfavorevole perché ciò comporterebbe una comproprietà pro indiviso tra lo Stato e il soggetto privato incompatibile con il carattere demaniale acquisito dal bene dopo la prelazione. Infatti la comunione tra Stato e privato comporterebbe l'assoggettamento del bene a due regimi giuridici diversi e incompatibili quello demaniale e quello privatistico. Ma tale tesi non è condivisibile per vari motivi. Anzitutto lo Stato può divenire proprietario di una quota del bene a seguito di successione o di donazione per cui la comproprietà pro indivisa tra Stato e privato non è esclusa. Inoltre, se si escludesse l'esercizio della prelazione su quota indivisa del bene culturale, si negherebbe in concreto l'esercizio stesso della prelazione perché basterebbe non procedere all'alienazione dell'intero bene in una sola volta e procedere invece ad alienazioni parziali in tempi diversi per quote indivise del medesimo bene. (132) In conseguenza è diversamente orientata la giurisprudenza amministrativa che ammette la prelazione parziale sul bene qualora idonea a soddisfare l'interesse pubblico culturale. In particolare ritiene che un acquisto pro quota mediante la prelazione non elude la ricorrenza dell'interesse pubblico cui è funzionale la prelazione, dato che consente la disponibilità del bene in capo alla Pubblica Amministrazione in qualità di comproprietario con la conseguente possibilità di piegarlo ad un regime di utilizzo congruo per il pubblico interesse, anche nella prospettiva dell'acquisto esclusivo del bene. (133) Ulteriore problema è stabilire se lo Stato in presenza di una alienazione pro quota possa esercitare la prelazione

sull'intero bene. In senso positivo si è attestata la Cassazione(134) affermando non solo l'incompatibilità dei regimi giuridici (demaniale e privatistico), che si verrebbero a creare sulla stesso bene nel caso di comproprietà tra Stato e privato, ma anche il fatto che le clausole del contratto non vincolano lo Stato. A tale ultimo rilievo si può però obiettare che le clausole del contratto che non vincolano lo Stato sono quelle relative alle modalità delle prestazioni e non quelle concernenti l'oggetto del contratto. Invece, con l'estensione della prelazione da una quota all'intera proprietà del bene, viene modificato il diritto oggetto dell'alienazione con evidente alterazione della volontà delle parti(135) e del profilo caratterizzante l'acquisto coattivo attuato con la prelazione artistica rispetto alle procedure espropriative come segnatamente individuato dalla Corte Costituzionale. (136) Il che esclude la possibilità di estendere la prelazione di una quota all'intera proprietà. E' quindi ben possibile che la prelazione venga esercitata sulla quota alienata dallo stesso proprietario o da un comproprietario e che lo Stato acquisti soltanto la titolarità del diritto di comproprietà pro indiviso con un soggetto privato. Tuttavia in tale ipotesi non si verifica la coesistenza tra due regimi giuridici (privatistico e demaniale) sullo stesso bene, ma si verifica una comproprietà di diritto comune tra Stato e privato. (137) Infatti, se l'intero bene, ivi compresa la quota di proprietà del privato, fosse assoggettato al regime demaniale con i relativi vincoli di inalienabilità e indisponibilità, si determinerebbe un effetto ablatorio sulla quota del privato realizzato in assenza dei presupposti e delle garanzie anche procedurali fissate dall'art. 42, comma 3, della Costituzione. (138)

3.1 Il vincolo "culturale", notificazione e trascrizione. Il bene privato acquista lo status di bene culturale in forza di un provvedimento amministrativo che ne accerta la qualità culturale e lo sottopone al particolare regime giuridico. (139) In particolare l'atto dell'Amministrazione, che impone il vincolo, contiene la dichiarazione dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice, a conclusione del procedimento previsto dall'art. 14 del Codice stesso. L'attività dell'Amministrazione finalizzata all'imposizione del vincolo ha natura tecnico – discrezionale. (140) Pertanto il bene privato sottoposto al vincolo culturale presuppone l'esistenza di un provvedimento amministrativo perfetto. (141) Ma tale provvedimento, sebbene perfetto, non produce i suoi effetti se non è integrato, come ogni altro provvedimento amministrativo, dai requisiti di efficacia prescritti per legge. (142) A tal fine l'art. 15 del Codice stabilisce che la dichiarazione prevista dall'art. 13 deve essere notificata al proprietario, al possessore o al detentore del bene. L'art. 15 precisa anche che la notifica deve essere eseguita tramite messo comunale o a mezzo posta raccomandata con avviso di ricevimento. Il che significa che il provvedimento relativo al vincolo culturale produce i suoi effetti dal momento in cui, attraverso la notifica, è portato a conoscenza dei soggetti che ne sono destinatari (carattere

recettizio dell'atto). (143) A partire da tale momento il vincolo (debitamente notificato e produttivo di effetti), costituisce valido presupposto per l'esercizio della prelazione. Tuttavia in dottrina e giurisprudenza si dibatte se la notificazione dell'atto impositivo ha natura dichiarativa o costitutiva del vincolo. Secondo un orientamento la natura costitutiva va esclusa in quanto la notifica non è un atto perfezionativo del vincolo essendo il provvedimento impositivo già perfetto indipendentemente dalla sua comunicazione, onde l'eventuale assenza o irregolarità della notifica non intacca la validità del vincolo. (144) La notifica ha quindi natura dichiarativa in quanto è "preordinata esclusivamente a creare, nel proprietario o possessore o detentore della cosa, la conoscenza legale degli obblighi su di lui incombenti". (145) In caso di irregolarità è possibile per l'Amministrazione provvedere al rinnovo della notifica. (146) Inoltre la nullità della notifica può essere parimenti sanata. (147) Un altro orientamento ritiene invece che la notifica sia un elemento costitutivo del vincolo onde la sua nullità o irregolarità determina l'invalidità del vincolo e l'impossibilità per l'Amministrazione di esercitare la prelazione in caso di alienazione del bene. (148) Pertanto "è viziato da eccesso di potere, per difetto dei presupposti, il provvedimento di prelazione esercitato sulla vendita di un appartamento, il cui vincolo non era efficace nei confronti del dante causa che non aveva ricevuto la relativa notifica al momento della stipula dell'atto notarile". (149) Senza la notifica o in caso di sua nullità il vincolo non sorge e l'atto di alienazione del bene produce l'effetto traslativo suo proprio. Tra le due tesi appare preferibile quella che attribuisce efficacia dichiarativa alla notifica in quanto questa assolve ad una funzione recettizia di comunicazione formale dell'imposizione del vincolo. (150) Il vincolo, si è detto, nasce in forza del provvedimento amministrativo che accerta, attraverso l'attività tecnico – discrezionale dell'Amministrazione, l'esistenza dell'interesse culturale, onde la successiva notifica rende solo noto ai destinatari che da quel momento l'imposizione del vincolo è efficace. Ciò significa che la dichiarazione di cui all'art. 13 del Codice, regolarmente portata a conoscenza del proprietario, del possessore o del detentore, rende il vincolo ad essi opponibile. Pertanto la notifica non crea il vincolo, ma solo enuncia ai destinatari che da quel momento il vincolo è opponibile. Inoltre l'art. 15 del Codice stabilisce che, a cura del soprintendente, la dichiarazione notificata deve essere trascritta presso la conservatoria dei pubblici registri, al fine dell'efficacia del vincolo nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore del bene culturale a qualsiasi titolo. Anche in ordine alla successiva trascrizione nei pubblici registri delle dichiarazioni impositiva del vincolo vi è una divergenza di vedute in dottrina e in giurisprudenza. Secondo la dottrina la trascrizione della dichiarazione non è atto costitutivo del vincolo, ma ha natura dichiarativa, la cui omissione rende il vincolo non trascritto non opponibile nei confronti dei terzi che hanno acquistato il

bene culturale prima della trascrizione. (151) In conseguenza se il bene vincolato è stato acquistato dal terzo con atto trascritto prima della trascrizione del provvedimento del vincolo ed è stato rivenduto con atto trascritto successivamente, al primo trasferimento il vincolo non trascritto non sarà opponibile, mentre sarà opponibile nel caso del secondo trasferimento secondo il principio di continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.). (152) Sicché non è opponibile l'esistenza del vincolo nei confronti del terzo che ha acquistato il bene culturale altrui in forza di usucapione, se questa si è perfezionata prima della trascrizione del vincolo. (153) E ciò diversamente da quanto accade nell'ambito della procedura espropriativa dove il provvedimento di esproprio è soggetto a pubblicità notizia(154), cioè al solo scopo di assicurare la continuità delle trascrizioni. (155) Differente orientamento è seguito dalla giurisprudenza che invece ritiene che la trascrizione ha natura dichiarativa nei confronti del proprietario, a cui il vincolo sia stato notificato, e ha natura costitutiva nei riguardi dei terzi. (156) Il carattere costitutivo della trascrizione determina poi che, in caso di sua mancanza, il vincolo non sorge e l'atto di alienazione del bene produce l'effetto traslativo suo proprio. Ma considerare la trascrizione alla stregua di un elemento costitutivo per il sorgere del vincolo culturale fa venire meno la funzione propria dell'istituto della trascrizione quale si configura secondo le regole civilistiche, per cui verrebbe applicato solo nel campo dei rapporti amministrativi un istituto di tipo diverso. (157) La trascrizione, come si evince chiaramente dall'art. 15 del Codice, "ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo", sicché per effetto della trascrizione la dichiarazione impositiva del vincolo è opponibile ai terzi. In sostanza la trascrizione è una forma di pubblicità dichiarativa che rende opponibile ai terzi il fatto giuridico (il vincolo) di cui si è data pubblicità, onde in sua mancanza il vincolo non potrà essere opposto ai terzi anche se essi ne abbiano avuto conoscenza in altro modo. (158) Di conseguenza "il vincolo culturale notificato e trascritto nei confronti di chi all'epoca non era più proprietario del bene vincolato non è opponibile ai suoi aventi causa e non legittima pertanto in seguito l'esercizio della prelazione nei confronti di questi ultimi". (159) Inoltre essendo inefficace il vincolo di interesse storico – artistico notificato e trascritto nei confronti di chi, pur appearing proprietario secondo le risultanze catastali, abbia già in precedenza alienato l'immobile, non può esercitarsi la prelazione da parte del Ministero per i Beni Culturali in occasione di ulteriore alienazione dell'immobile, data l'impossibilità del terzo acquirente, a causa del sistema personale di imposizione dei registri immobiliari, di conoscere l'esistenza del vincolo". (160) 4. Le condizioni della prelazione. Durante il periodo rimesso alla Pubblica Amministrazione per valutare se avvalersi o meno del potere di acquistare in via privilegiata i beni culturali ai sensi dell'art. 60 del Codice, l'atto di alienazione tra privati è sottoposto alla condizione

sospensiva dell'avverarsi della prelazione. In tale situazione di incertezza risulta necessario che le parti si astengano dal compiere atti che possano influire sull'esito della prelazione. D'altra parte, a tutela della certezza dei rapporti giuridici e delle aspettative delle parti, soprattutto con riguardo alla posizione dell'acquirente, vi è l'esigenza di assicurare tanto al venditore quanto all'acquirente limiti temporali certi e inderogabili per l'esercizio della prelazione, onde avere l'effettiva conoscenza in merito alla sorte del contratto concluso, ma sottoposto a condizione. (161) In conseguenza l'art. 61 del Codice prescrive l'osservanza delle condizioni e delle modalità a presidio dell'esercizio della prelazione, in difformità delle quali l'Amministrazione perde il potere concesso ai sensi dell'art. 60 e ai privati sono comminate le sanzioni previste dagli artt. 164 e 173 del Codice. Tra tali condizioni spiccano(162): 1. il termine per l'esercizio della prelazione; 2. la natura recettizia del provvedimento di prelazione; 3. il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato; 4. la non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione; 5. la facoltà di recesso in favore dell'acquirente; 6. il limite temporale in caso di denuncia omessa o tardiva ovvero incompleta. Appare pertanto necessario procedere all'esame di ciascuna di esse.

4.1 Il termine per l'esercizio della prelazione. La prelazione deve essere esercitata nel termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia dell'atto di alienazione (art. 61, comma 1). (163) La decorrenza del termine si ha a partire dal momento in cui la denuncia è stata inoltrata al competente soprintendente (art. 59, comma 3). Il termine non decorre se la denuncia è presentata direttamente al Ministero e decorrerà invece dal momento in cui il soprintendente ne avrà avuto effettiva conoscenza. (164) Entro il termine di sessanta giorni il provvedimento di prelazione deve essere non solo adottato, ma anche notificato all'alienante e all'acquirente (art. 61, comma 3) sia che la prelazione venga esercitata dallo Stato(165) sia che venga esercitata dagli Enti territoriali locali (art. 62, comma 3). (166) Il termine per l'esercizio della prelazione è perentorio. (167) Tuttavia, la scadenza del termine in un giorno festivo è prorogata al giorno successivo non festivo. (168) Trascorso il periodo di sessanta giorni senza che la prelazione sia stata esercitata, l'Amministrazione decade dalla relativa facoltà e non può più esercitarla. (169)

4.2 La natura recettizia del provvedimento di prelazione. La prelazione deve essere esercitata dalla Pubblica Amministrazione mediante l'emissione del provvedimento prelazionario e mediante la successiva notifica all'alienante e all'acquirente nei termini di legge (art. 61, commi 1, 2 e 3). La notificazione ad entrambi i destinatari produce, dalla data dell'ultima notifica, l'effetto del passaggio del bene culturale dalla proprietà privata alla proprietà in mano pubblica. Sicché la notifica del provvedimento amministrativo effettuata dall'Amministrazione è l'atto conclusivo del procedimento di prelazione e va eseguita

presso i destinatari nei termini di legge. Il che significa che il provvedimento prelazionario è un atto a carattere recettizio<sup>(170)</sup> con la conseguenza che, se la notifica ai destinatari è eseguita oltre i termini di legge, il procedimento non produce alcun effetto e viene meno il potere dell'Amministrazione di esercitare la prelazione.

(171) 4.3 Il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato. L'art. 61, comma 4, stabilisce che in pendenza del termine di sessanta giorni, entro cui la prelazione deve essere esercitata, l'atto di vendita rimane sospensivamente condizionato ed è fatto divieto all'alienante di effettuare la consegna del bene. L'atto di alienazione compiuto contro il divieto è nullo ai sensi dell'art. 164 e non crea possesso legittimo o di buona fede. (172) La illecita consegna del bene è pure punita penalmente ai sensi dell'art. 173, comma 1, lettera c), con la reclusione fino ad un anno e la multa da euro 1.549,50 a euro 77.469. Il divieto è posto con riferimento al comma 1, (in pendenza dei sessanta giorni) e non con riferimento al comma 2 dello stesso art. 61 (in pendenza dei centottanta giorni), sicché omettendo la denuncia ovvero presentandola tardivamente o in maniera incompleta potrebbe sembrare legittimo consegnare il bene dopo i 60 giorni. Ma, poiché una tale interpretazione, anche alla luce dell'art. 173, comma 1, lettera c), appare aberrante, nella formulazione dell'articolo in questione va incluso anche il riferimento al comma 2.

(173) A differenza del corrispondente comma 3 dell'art. 60 del T.U. 490/1990, che stabiliva, in pendenza del termine di legge, l'inefficacia del contratto ("l'atto di alienazione è inefficace"), il comma 4 dell'art. 61 del Codice prevede invece che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione ("rimane sospensivamente condizionato"). Sicché l'atto di alienazione, validamente costituito, si configura come un "contratto condizionale", (174) dove la pendenza del termine costituisce una condizione estrinseca futura e incerta di efficacia del contratto del genus delle conditiones iuris. Dall'avveramento o meno della condizione dipende poi la produzione degli effetti o l'impossibilità definitiva che essi possano essere prodotti (art. 1353 c.c.). Tuttavia, in pendenza della condizione, possono essere compiuti atti conservativi in base all'art. 1356 c.c. (l'acquirente può chiedere il sequestro del bene) o dispositivi in base all'art. 1357 c.c. (l'acquirente può disporre del diritto purché subordinato alla stessa condizione sospensiva). Nel caso in cui la condizione si verifichi (cioè sia stata esercitata la prelazione) gli effetti retroagiscono al tempo della conclusione del contratto, *ex tunc*, secondo quanto previsto dall'art. 1360 c.c. (175) Pertanto il negozio di alienazione, condizionato sospensivamente (art. 61, comma 4) rende incerti gli effetti, in pendenza della condizione (salvo gli atti conservativi e dispositivi), e non li potrà definitivamente produrre o cesserà definitivamente di produrli a seguito dell'esercizio della prelazione, con la conseguenza che l'alienazione si deve considerare come non avvenuta, con effetti

liberatori sia per l'alienante che per l'acquirente(176). 4.4 La non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione. L'esercizio della prelazione, attuato in forza del provvedimento amministrativo e della sua notifica all'alienante e all'acquirente nei termini di legge, determina l'acquisizione della proprietà del bene in favore della Pubblica Amministrazione. Ciò però non comporta che l'Amministrazione sia tenuta al rispetto delle clausole pattuite dalle parti private, dato che l'art. 61, comma 5, dispone che "le clausole del contratto di alienazione non vincolano lo Stato". La giurisprudenza interpreta in maniera estensiva il comma 5 dell'art. 61 ritenendolo applicabile non solo alle clausole accessorie con cui si precisano le obbligazioni assunte dalle parti o con cui si stabiliscono condizioni di efficacia o modalità di adempimento, ma anche "a tutte le clausole che in qualsiasi modo possono compromettere il vincolo pubblico, comprese quelle che, attraverso una limitazione dell'oggetto del contratto, si risolvono in un impedimento o in un condizionamento dell'esercizio della prelazione" (177), che non può non investire la cosa nella sua unitarietà e interezza. In conseguenza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, anche la clausola che riserva all'alienante la comproprietà di una parte dell'immobile unico ed indivisibile non è vincolante per lo Stato. (178) Ma la disposizione in esame dell'art. 61, comma 5, facendo riferimento alle clausole contrattuali, non può riguardare anche il rapporto sostanziale(179), come asserito dalla giurisprudenza. La previsione riguarda invece le clausole relative all'esecuzione del contratto (ad es., clausola compromissoria, clausola di risoluzione o di consegna differita, ecc.), che comunque si pongono in contrasto, ove apposte, con l'acquisto delle proprietà da parte della Pubblica Amministrazione libera da pesi e limitazioni. Pertanto appare valida la clausola contenuta nella vendita di un immobile con cui l'alienante riserva a proprio favore l'usufrutto, perché in tal caso la prelazione può essere applicata alla nuda proprietà e l'usufrutto non si pone in contrasto con la natura demaniale che il bene acquista a seguito della prelazione. (180) 4.5 La facoltà di recesso dell'acquirente. L'art. 61, comma 6, riconosce all'acquirente la facoltà di recedere dal contratto di alienazione qualora il Ministero eserciti la prelazione su una parte soltanto delle cose alienate. In tal caso la prelazione "si riferisce ai beni facenti parte di universitates o raccolta di cose di interesse storico-culturale, come menzionate dall'art. 822 c.c., sulla base di un vincolo funzionale di destinazione" che non altera il regime giuridico e la separazione dell'insieme. (181) L'acquirente dunque si vede sottrarre parte dei beni, oggetto del contratto di alienazione, e non può più conseguire la prestazione originariamente pattuita che è divenuta impossibile per la parte su cui è stata operata la prelazione. L'art. 61, comma 6, prevede per lui la facoltà di recesso che però non è un vero e proprio diritto di recesso, puntuale e preciso, ad nutum. D'altra parte, in caso di comportamento non colpevole dell'alienante, un



recesso ad nutum apparirebbe eccessivo. In conseguenza l'acquirente dei beni culturali oggetto di prelazione parziale si trova nella medesima situazione dell'acquirente di cose divenute parzialmente impossibili ai sensi degli artt. 1256 e 1464 del Codice Civile. L'art. 1256 c.c. prevede che, a fronte della prestazione del debitore divenuta impossibile, l'obbligazione si estingue se il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione. Inoltre l'art. 1464 c.c. prevede che l'acquirente ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione dovuta ovvero può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. Pertanto anche l'acquirente del bene culturale soggetto in parte a prelazione, nel caso in cui ritenga di recedere dal contratto, dovrà dimostrare, nei confronti del venditore incolpevole, le proprie ragioni secondo le disposizioni del Codice Civile sopra richiamate. (182)

#### 4.6 Il limite temporale della prelazione in caso di denuncia omessa o tardiva ovvero incompleta.

L'art. 61 del Codice, oltre al caso (comma 1) in cui la prelazione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine di sessanta giorni dalla recezione di una valida denuncia di alienazione del bene ai sensi dell'art. 59, prevede anche il caso (comma 2) in cui la denuncia è stata omessa o presentata tardivamente ovvero risulti incompleta. In tali ipotesi la prelazione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero abbia ricevuto la denuncia tardiva ovvero abbia comunque acquisito (denuncia omessa o incompleta) tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 59, comma 4. In particolare, il comma 2, dell'art. 61, indica il Ministero come organo destinatario della denuncia tardiva e come organo preposto ad acquisire gli elementi costitutivi della denuncia omessa o incompleta, individuando a tale scopo (secondo la distribuzione della competenza di cui al DPR 173/2004) l'organo centrale (Direttore generale) e non quello periferico del Ministero perché altrimenti avrebbe fatto riferimento al competente soprintendente, come nelle ipotesi previste dall'art. 59, comma 3, e dell'art. 62, comma 1. L'individuazione dell'organo centrale ha comunque una ricaduta sul termine di scadenza effettivo, ove si consideri che la conoscenza del Ministero non può non essere filtrata attraverso quella del soprintendente. La previsione del termine di 180 giorni di cui all'art. 61, comma 2, costituisce una disposizione innovativa rispetto alla legislazione previgente in materia. Con essa il legislatore ha inteso evitare gli effetti aberranti che possono derivare da una denuncia imprecisa o incompleta. Infatti la Pubblica Amministrazione, senza tale limite temporale, potrebbe esercitare la prelazione in ogni tempo (anche se a conoscenza della vendita), traendo occasione dalla incompletezza della denuncia per ricercare con discrezionalità accentuata (e certo arbitraria) il corretto domicilio o le corrette generalità di una delle parti del contratto di alienazione. (183) Sotto il vigore della legislazione previgente, si è verificato in favore dello Stato un

ingiustificato arricchimento per effetto dell'acquisizione del bene ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello di mercato, dovuto alla prelazione esercitata, a motivo di irregolare denuncia, dopo un amplissimo e ingiustificato lasso di tempo dalla compravendita e al prezzo all'epoca fissato. (184) In conseguenza la norma di cui al comma 2 dell'art. 61 ha cercato di contemperare, adeguandosi alla nota decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 5 gennaio 2000, le esigenze del venditore di non ricevere un depauperamento per una prelazione esercitata dopo lunghissimo tempo, per fatti imputabili all'Amministrazione, e le esigenze dello Stato che non può esercitare la prelazione in mancanza della conoscenza dell'atto di vendita. (185)

III. La nullità degli atti di alienazione. 1. La violazione dell'art. 164. L'art. 164, comma 1, del Codice prevede espressamente la nullità degli atti (alienazioni, convenzioni ed atti giuridici in genere) posti in violazione delle norme giuridiche che regolano la circolazione dei beni culturali privati ovvero compiuti "senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte". In particolare tale nullità concerne sia gli atti di trasferimento della proprietà (vendita, permuta, donazione, vendita parziale, qualsiasi negozio giuridico comportante l'alienazione) che gli atti di cessione della detenzione dei beni privati posti in essere senza l'adempimento dell'obbligo della denuncia e delle altre prescrizioni di cui agli artt. 59, 60, 61, e 62 del Codice. (186) Per l'art. 164 gli atti di alienazione e il contratto di locazione sono nulli non perché non sono stati validamente posti in essere secondo le norme del Codice Civile, ma perché non sono stati regolarmente denunciati ai sensi dell'art. 59 del Codice. Si tratta quindi di una nullità a-tecnica in quanto costituisce una sanzione di natura civilistica e non indica un vizio genetico del negozio di alienazione (l'atto in sé è perfettamente valido, ma è viziato per legge, perché la denuncia è stata omessa in contrasto con le prescrizioni contenute nell'art. 59). Di conseguenza la Corte di Cassazione ha costantemente affermato che, essendo prevista per i beni culturali la disciplina della legge speciale, l'inosservanza di questa non determina l'applicazione delle norme del Codice Civile (artt. 1418 c.c. e ss.), ma l'applicazione della sanzione della nullità prevista dall'art. 164 del Codice. (187) La nullità in questione può essere fatta valere solo dallo Stato e, in deroga all'art. 1421 c.c., non può essere fatta valere nei rapporti tra i soggetti privati che hanno concluso il contratto per espressa previsione dell'art. 164, comma 2, secondo cui "resta salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'art. 61, comma 2". (188) La Cassazione ha anche sempre ribadito che "la nullità...per gli atti effettuati in spregio delle disposizioni della legge stessa è stabilita nel solo interesse dello Stato e non può quindi essere fatta valere nei rapporti tra i soggetti privati. Trattasi in vero di un istituto posto in essere per il

perseguimento di un fine proprio dello Stato, quale depositario e titolare della tutela del patrimonio storico e artistico della collettività, ed al quale rimangono quindi totalmente estranei quegli altri e diversi interessi attinenti unicamente ai rapporti con i singoli soggetti privati, e che per nulla possono incidere sui predetti interessi statuali". (189) Pertanto gli atti di alienazione, che non sono invalidi ex sé, ma solo a causa della denuncia omessa (cui va equiparata la denuncia priva delle indicazioni contenute nell'art. 59, comma 4, o con indicazioni incomplete o imprecise), continuano a vincolare le parti e a produrre gli effetti loro propri fin quando lo Stato non eserciti concretamente la prelazione. (190) A tale scopo il Ministero può intervenire nella circolazione dei beni culturali ed esercitare il potere ablativo di prelazione a partire dal momento in cui ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della denuncia (art. 61, comma 2, richiamato dall'art. 164, comma 2). (191) Secondo la Cassazione la nullità in parola va annoverata tra i casi di nullità relativa, (192) spettando solo allo Stato l'esercizio dell'azione giudiziaria per l'applicazione della nullità e non essendo rilevabile di ufficio né da chiunque vi abbia interesse, cioè le parti. Anche la giurisprudenza amministrativa(193) condivide la tesi della nullità relativa affermando che non può essere rilevata né dai privati né di ufficio e può produrre l'esercizio della prelazione da parte dello Stato anche a notevole distanza di tempo dalla vendita non denunciata. (194) Sulla tesi della nullità relativa la dottrina(195) si mostra critica ed una parte di essa ritiene si tratti più propriamente di inefficacia e di inopponibilità nei confronti dello Stato. (196) Infatti, diversamente dai casi di nullità in senso tecnico, alla nullità di cui all'art. 164 non è applicabile quanto stabilito dall'art. 1422 c.c., secondo il quale l'azione di nullità civile è imprescrittibile, ma sono fatti salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione dell'azione di ripetizione. Invece quando lo Stato fa valere la nullità dell'alienazione del bene culturale, in applicazione dell'art. 164, "l'acquirente perderà comunque la proprietà del bene anche se l'ha usucapita e neppure potrà invocare l'avvenuta prescrizione dell'azione di ripetizione". (197) Di conseguenza la nullità ex art. 164, ove sia fatta valere dall'Amministrazione, comporta la caducazione del trasferimento del bene culturale sia nei confronti dell'acquirente sia nei confronti degli ulteriori terzi di buona fede, cioè successivi acquirenti. Essendo la nullità comminata di diritto, l'invalidità dell'alienazione è insensibile alla volontà delle parti stipulanti ed al fatto che l'acquirente abbia stipulato senza esserne a conoscenza, con la conseguenza che risulta opponibile ai successivi acquirenti. (198)

IV. Il procedimento di prelazione. 1. La motivazione dell'atto. Il Codice non reca nessuna specificazione in ordine alla motivazione dell'atto con cui si esercita la

prelazione. Il carattere discrezionale di tale provvedimento che costituisce una facoltà del Ministero o dell'Ente territoriale interessato (art. 60), ha comunque indotto a ritenere(199) doverosa una motivazione che espliciti le ragioni che hanno spinto la Pubblica Amministrazione, nel caso concreto, ad esercitare la prelazione incidendo sulle situazioni dei soggetti privati. Inoltre, essendo la prelazione uno strumento di politica culturale con duttilità di impieghi, appare rilevante un collegamento della motivazione del provvedimento di prelazione con le finalità dell'istituto(200), per esplicitare in concreto la finalità specifica, cui è stato preordinato, rispetto ai molteplici fini cui può essere astrattamente preordinato. In ogni caso l'obbligo della motivazione è previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15(201). Ma sul suo contenuto sussistono difformità di vedute. La dottrina avverte la necessità della motivazione(202), salvo a ritenere da parte di alcuni che il relativo obbligo va interpretato, in adesione ad un indirizzo giurisprudenziale più recente, in maniera più attenuata e con richiamo alle stesse ragioni che hanno portato all'imposizione del vincolo(203) o a ritenere da parte di altri che la motivazione della prelazione può essere riportata per relationem alla motivazione dell'importanza dell'interesse culturale definita nel provvedimento di vincolo(204) ovvero ad escludere da parte di altri ancora l'obbligo di motivazione in quanto l'esercizio della prelazione trova giustificazione nella motivazione dell'atto impositivo del vincolo(205). La giurisprudenza invece, in base ad un consolidato orientamento, richiede una puntuale motivazione, in quanto l'esercizio della prelazione rientra nella potestà discrezionale dell'Amministrazione(206). In particolare si tratta di una scelta discrezionale sindacabile attraverso la sola verifica dell'eccesso di potere(207). Alcune pronunce hanno ritenuto invece che le ragioni relative alla rilevanza dell'acquisto del bene per lo Stato sono affatto insindacabili in quanto attinenti al merito amministrativo(208). Ma secondo altre pronunce lo Stato che intende acquistare i beni deve valutare non solo la rilevanza culturale e il valore dei beni, ma deve anche comparare l'interesse pubblico attuato con la prelazione e l'interesse che viene sacrificato(209). La giurisprudenza è pervenuta a tali diverse conclusioni perché a volte ha fatto prevalere la natura ablatoria del provvedimento, ritenendo che la prelazione fosse riconducibile nella categoria dei provvedimenti ablatori reali di natura discrezionale(210); mentre a volte ha ritenuto che la motivazione dovesse rendere esplicita la rilevanza dell'acquisto del bene ai fini della funzione pubblica che questo deve svolgere nell'ottica dell'interesse pubblico culturale(211). La giurisprudenza ha anche ritenuto che la rilevanza del bene sotto il profilo dell'interesse culturale non deve essere valutata al momento della prelazione, ma deve essere valutata con il diverso atto di imposizione del vincolo, onde l'atto di prelazione non necessita di una particolare

motivazione sull'interesse pubblico, essendo lo stesso ravvisabile in re ipsa, cioè nel fatto stesso dell'esistenza del vincolo(212). Ulteriori pronunce richiedono invece una indicazione della motivazione, sia pure sommaria o sintetica e per relationem, riguardo al fine di assicurare la maggiore tutela sotto il profilo della conservazione monumentale(213). Altre pronunce ancora hanno ritenuto che il provvedimento di prelazione deve essere motivato in relazione a esigenze attuali al momento della sua adozione e non in relazione a fatti o situazioni pregresse esistenti in passato(214). Infine, sull'assunto che la prelazione non costituisce espressione di una potestà, bensì manifestazione di un diritto potestativo, per il cui esercizio non è richiesta alcuna specifica esternazione delle ragioni sottostanti l'esercizio del diritto, la motivazione viene ritenuta assorbita, quale conseguenza naturale, nel vincolo a suo tempo imposto sul bene(215). Tuttavia, la problematica va ora riconsiderata con l'emanazione del D.Lgs. 156/2006, modificativo dell'art. 62, comma 2, del Codice adottato con il D.Lgs. 42/2004, che ha previsto espressamente l'obbligo della Regione e degli altri Enti pubblici territoriali di dare una motivazione in ordine alle "specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene". Tale previsione è conseguente alla rilevanza data dal Codice alla collaborazione e alle iniziative dei proprietari privati in ordine alla valorizzazione dei beni culturali(216), per cui sorge l'esigenza di una motivazione volta a giustificare perché il soggetto pubblico interessato potrebbe meglio del privato valorizzare i beni culturali a seguito della prelazione(217). Sicché appare strano che tale motivazione, obbligatoria per la Regione, la Provincia ed il Comune, possa non valere quando sia lo Stato ad esercitare la prelazione.

2. Il procedimento per lo Stato: comunicazione di avvio, denuncia dell'atto di trasferimento, adozione del provvedimento e sua notifica, impegno contabile. Appare controverso in giurisprudenza se il provvedimento con il quale l'Amministrazione esercita la prelazione debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento(218) all'alienante e all'acquirente in applicazione dell'art. 7 della legge 241/1990. (219) Tuttavia, a un attento esame della questione, una tale necessità risulta esclusa. (220) Anzitutto il procedimento di prelazione si attiva, di norma, a seguito di denuncia ex art. 59 del Codice da parte dello stesso proprietario per cui si deve presumere che questi sia a conoscenza delle conseguenze connesse per legge a tale sua dichiarazione. (221) Inoltre, poiché la prelazione si esercita su di un atto di trasferimento rispetto al quale il proprietario ha già manifestato la sua volontà di alienare, non si vede quale altro elemento di conoscenza utile potrebbe egli apportare con il suo intervento per influire nelle valutazioni di acquisto da parte dell'Amministrazione. (222) Né può ritenersi legittimato ad intervenire il terzo acquirente che si trova in una posizione di sola aspettativa. D'altra parte va tenuto presente che, a seguito delle novità introdotte dall'art. 21 – octies della legge 15/2005

di riforma della legge 241/1990, è escluso comunque che la mancata comunicazione di avvio del procedimento possa comportare l'annullabilità del provvedimento di prelazione "qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto di tale provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". (223) Tuttavia, nel caso in cui la denuncia sia stata omessa ovvero risulti incompleta (art. 61, comma 2), poiché in tal caso il procedimento di prelazione è attivato d'ufficio, quando il Ministero ha conseguito comunque tutti gli elementi del negozio di alienazione, l'Amministrazione è tenuta ad inviare la comunicazione di avvio del procedimento come in tutti gli altri casi di procedimenti di ufficio. (224) Trattandosi normalmente di procedimento ad iniziativa di parte, l'esercizio della prelazione è attivato in conseguenza della denuncia di cui all'art. 59 del Codice. Infatti, l'Amministrazione viene a conoscenza, in via formale, degli atti di alienazione tra privati attraverso la denuncia, che ha appunto lo scopo di mettere l'Autorità in grado di esercitare la prelazione, oltre che informarla sulle vicende circolatorie dei beni culturali. L'obbligo di denuncia è previsto per ogni atto che trasferisce in tutto o in parte e a qualsiasi titolo sia la proprietà che la detenzione dei beni culturali appartenuti ai privati. (225) In particolare l'obbligo sussiste per qualsiasi atto di trasferimento dei beni culturali sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, ivi compresi gli atti che trasferiscono la piena proprietà (vendita e donazione), i diritti reali limitati (enfiteusi, usufrutto, superficie, uso, abitazione, servitù, pegno) e la nuda proprietà, nonché sussiste per gli atti di trasferimento della detenzione dei beni (contratto di locazione, di comodato, di cessione in uso, di deposito, ecc.). (226) Inoltre l'obbligo di denuncia trova applicazione anche per i conferimenti in società sottoposti a prelazione a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 156/2006. La denuncia va effettuata al Ministero, che ne è il destinatario ai sensi dell'art. 60, comma 1, nel termine di trenta giorni, decorrenti dagli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione, e va presentata al competente soprintendente del luogo dove si trovano i beni. Devono effettuare la denuncia: a) l'alienante la proprietà o il cedente la detenzione del bene (il termine decorre dal perfezionamento dell'atto); b) l'acquirente, nel caso di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare ovvero in forza di sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso ex art. 2932 (il termine decorre dalla data del provvedimento giudiziario che ha stabilito il trasferimento); c) l'erede (il termine decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della denuncia ai competenti uffici tributari); d) il legatario (il termine decorre dalla comunicazione notarile ex art. 623 c.c.). (227) La denuncia deve contenere alcune indicazioni in modo preciso e completo: 1) i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; 2) i dati identificativi dei beni; 3) l'indicazione del

luogo dove si trovano i beni; 4) l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; 5) l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini di eventuali comunicazioni. L'omessa denuncia o la denuncia priva delle indicazioni richieste o con indicazioni incomplete o imprecise (tutte ipotesi, ai sensi dell'art.59, comma 5, di denuncia come non avvenuta) costituisce reato ai sensi dell'art. 173 del Codice. In presenza della denuncia di un atto a titolo oneroso, che sia stata effettuata nei termini di trenta giorni dalla conclusione dell'atto di trasferimento e che sia completa di tutte le indicazioni richieste, l'Amministrazione può esercitare la prelazione, entro il termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione di denuncia del contratto di alienazione da parte dell'organo a ciò competente(228) (soprintendente del luogo ove si trovano i beni). Nel caso di omissione, ritardo o incompletezza della denuncia, il termine per esercitare la prelazione è di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi della stessa. Solo in presenza di una denuncia completa le parti avranno la certezza del momento a partire dal quale decorrerà il termine di 60 giorni (se la denuncia è stata presentata nei trenta giorni dalla stipula dell'atto di trasferimento) o dei 180 giorni (se la denuncia è stata presentata tardivamente); mentre in caso di omessa denuncia o sua incompletezza rimane l'incertezza sul dies a quo per il computo dei 180 giorni. (229) L'omissione della denuncia comporta anche che l'atto di alienazione non è opponibile all'Amministrazione (art. 164 del Codice) (230) e che spetta all'alienante, qualora impugni la legittimità della prelazione, l'onere della prova circa l'individuazione del momento esatto in cui il Ministero ha avuto conoscenza degli elementi costitutivi della denuncia ai sensi dell'art. 59, comma 4. (231) Tuttavia l'inosservanza delle prescrizioni in tema di denuncia non comporta la nullità dell'atto di alienazione tra le parti. L'acquirente non perde la titolarità del bene acquisito con il contratto, ma non può farla valere nei confronti dell'Amministrazione(232), che comunque avrà un termine più lungo per esercitare la prelazione. La competenza ad esercitare la prelazione è attribuita ai sensi dell'art. 60, comma 1, al Ministero, ma bisogna tenere conto della distribuzione delle competenze, tra organi centrali e organi periferici del Ministero, a seguito della riforma organizzativa e funzionale del Ministero dei Beni Culturali ed Ambientali, con D.P.R. 173/2004. Di conseguenza le ulteriori fasi del procedimento (relative a valutazione dei presupposti, acquisizione dei fatti, esame dei documenti, perizie, pareri, conferenze di servizi, adempimenti necessari e adozione del provvedimento conclusivo) risultano affidate per quanto riguarda la fase istruttoria al direttore regionale competente, già soprintendente regionale, ai sensi dell'art. 20, comma 4, lettera o, del D.P.R. 173/2004, e per quanto riguarda la fase decisoria, con l'emissione del provvedimento prelazionario, al direttore generale del Ministero ai sensi dell'art.

7, lettera r, del D.P.R. 173/2004. (233) La prelazione va esercitata dal competente organo del Ministero mediante l'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento di prelazione e mediante la sua notifica all'alienante e all'acquirente nel termine più ristretto di 60 giorni, in presenza di una denuncia completa ex art. 61, comma 1, o più lungo di 180 giorni, nel caso di denuncia omessa o tardiva o incompleta. La notificazione, nei termini di legge, del decreto Ministeriale che manifesta la determinazione dello Stato di avvalersi della prelazione produce, dalla data dell'ultima notifica, l'effetto del passaggio del bene culturale della proprietà privata alla proprietà pubblica. Il decreto ministeriale è un atto a carattere recettizio(234) con la conseguenza che, se la notifica è eseguita oltre i termini di legge, il procedimento non può avere alcuno effetto e viene meno il potere dello Stato di esercitare la prelazione. (235) Il termine per l'esercizio della prelazione è perentorio(236), ma è da intendere prorogato, in caso di scadenza in un giorno festivo, al primo giorno seguente non festivo. (237) Il Ministero inoltre deve provvedere all'impegno in bilancio della spesa corrispondente al prezzo per l'acquisto del bene (impegno contabile), nonché emettere successivamente il relativo mandato di pagamento. A tale scopo il Ministero deve verificare la sussistenza dei fondi necessari per la copertura di tale spesa. (238) Anche se l'Amministrazione non è tenuta al pagamento del prezzo con lo stesso atto di esercizio della prelazione o contestualmente alla sua adozione, l'impegno di spesa, benché atto autonomo e conseguente all'esercizio della prelazione, è indispensabile per assicurare l'adempimento dell'obbligo sorto a carico dello Stato come corrispettivo del bene acquistato. Il controllo della Corte dei Conti in materia è alquanto rigoroso. Sicché sono stati frequenti casi in cui la mancanza di assunzione dell'impegno di spesa o la sua illegittimità, per eccedenza della spesa rispetto alla somma stanziata in bilancio, ha comportato la decadenza dall'esercizio della prelazione. (239) Mentre il visto della Corte dei Conti non è indispensabile per l'esecutività(240) e l'obbligatorietà(241) del provvedimento, essendo sufficiente a tale scopo l'emissione del provvedimento e la sua notifica ai destinatari, è invece soggetto a controllo l'impegno contabile di spesa a seguito dell'esercizio della prelazione, onde la sua violazione incide sulla legittimità del provvedimento e ne determina la decadenza(242) Il Ministero può rinunciare all'esercizio della prelazione trasferendone la facoltà all'Ente territoriale interessato entro venti giorni dalla ricezione della denuncia (art. 61, comma 3). (243) In tal caso l'esercizio della prelazione è riconosciuto solo agli enti territoriali nel cui territorio si trova il bene culturale (art. 62, comma 1). La perentorietà del termine, che si basa sull'affidamento delle parti contraenti circa l'esistenza di un termine temporale oltre il quale la stipulazione produce effetti definitivi, vale anche per gli Enti territoriali locali non essendo comprensibile la ragione per la quale l'Ente locale dovrebbe trarre



vantaggio da un termine più ampio di quello riservato allo Stato. (244) 3. Il procedimento per gli Enti territoriali locali. Il procedimento finalizzato all'acquisto in via di prelazione del bene culturale privato prevede al suo interno un sub procedimento diretto a trasferire in via subordinata agli Enti territoriali locali interessati (Regione o Provincia o Comune) l'esercizio della prelazione accordata in via principale allo Stato. In particolare l'art. 62, comma 1, del Codice stabilisce che il soprintendente (soprintendente regionale del Ministero), che ha ricevuto la denuncia di un atto di alienazione soggetto a prelazione, deve darne immediatamente comunicazione alla Regione e agli altri Enti territoriali locali nel cui ambito si trova il bene culturale. Entro il termine di venti giorni dalla denuncia (originariamente il termine era di trenta giorni secondo la formulazione adottata dal previgente D.Lgs. 42/2004) (245) la Regione, la Provincia e il Comune devono manifestare al Ministero la loro decisione di voler esercitare o meno la prelazione ed, in caso affermativo, devono formulare la proposta di prelazione completa degli adempimenti necessari per il suo effettivo esercizio. A tal fine i tre Enti interessati devono far pervenire al Ministero(246) la proposta di prelazione corredata dalla deliberazione dell'organo competente con la quale si individua la copertura in bilancio o si prevedono le modalità di copertura della spesa corrispondente al prezzo di acquisto del bene(247), nonché si indicano le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, così come previsto dalla modifica al testo dell'art. 62 apportata dal D.Lgs. 156/2006. (248) In particolare per il Comune, in base all'art. 42, comma 2, del D.Lgs. 267/2000 (sull'ordinamento degli Enti locali), la deliberazione di esercizio della prelazione deve essere assunta dal Consiglio Comunale e, ove assunta dalla Giunta Comunale, è viziata da incompetenza. (249) Entro lo stesso termine di venti giorni dalla ricezione della denuncia (originariamente il termine era di quaranta giorni secondo la formulazione adottata dal previgente D.Lgs. 42/2004) (250) il Ministero, qualora non intenda esercitare la prelazione, ne deve dare comunicazione all'Ente che ha formulato la proposta di acquisto. Deve ritenersi che, poiché l'Ente locale è tenuto a indicare nella proposta di prelazione le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, il Ministero dovrà tenere conto di tali motivazioni in ordine alle decisioni di trasferire o meno all'Ente interessato l'esercizio della prelazione. (251) L'Ente territoriale locale, a cui il Ministero trasferisce il potere di prelazione, assume poi l'impegno di spesa, adotta il provvedimento di prelazione(252) e lo notifica all'alienante e all'acquirente nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data della presentazione della denuncia al soprintendente. La proprietà del bene privato passa all'Ente locale dalla data dell'ultima notifica. In considerazione del termine perentorio di sessanta giorni per effettuare la prelazione e della possibilità per l'Ente locale di procedere dopo i primi venti giorni concessi al Ministero per decidere se rinunciare o meno alla

prelazione, in sostanza l'Ente locale ha a disposizione solo quaranta giorni per il procedimento di acquisto del bene culturale, diversamente dallo Stato che può avvantaggiarsi del periodo complessivo di sessanta giorni. Nei casi in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta il termine di venti giorni per la proposta di prelazione da parte dell'Ente locale, quello di venti giorni per conoscere la rinuncia da parte del Ministero e quello complessivo di sessanta giorni per l'esercizio della prelazione sono prorogati rispettivamente a novanta, centoventi e centottanta giorni, come previsto dal comma 4 dell'art. 62, a seguito della modifica introdotta dal D.Lgs. 156/2006, nel testo adottato dal previgente D.Lgs. 42/2004. Essi, secondo la ulteriore modifica introdotta dal D.Lgs. 62/2008, decorrono dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della denuncia stessa ai sensi dell'art. 59, comma 4. La nuova disposizione del D.Lgs. 62/2008, intervenuta ad integrazione del D.Lgs. 156/2006 che non aveva indicato l'organo destinatario della denuncia tardiva e l'organo preposto ad acquisire gli elementi costitutivi della denuncia omessa o incompleta, ha individuato a tale scopo il Ministero intendendo (secondo la distribuzione delle competenze di cui al D.P.R. 173/2004) l'organo centrale e non quello periferico del Ministero perché altrimenti avrebbe fatto riferimento al competente soprintendente, come nelle ipotesi previste dall'art. 59, comma 3, e dall'art. 62, comma 1. La decorrenza dei termini nei casi di denuncia omessa o tardiva o incompleta, a partire dal momento della conoscenza da parte del Ministero e non da parte del soprintendente, ha comunque una ricaduta pratica per quanto riguarda le scadenze stabilite (90, 120 e 180 giorni), ove si consideri che la conoscenza del Ministero non può non essere filtrata attraverso quella del soprintendente. La disciplina in esame, concernente il procedimento per l'esercizio della prelazione da parte degli Enti territoriali locali, è oggetto di critiche da parte della dottrina<sup>(253)</sup> sia in ordine ai tempi previsti per il suo svolgimento, rispetto ai quali sussiste una sproporzione con lo Stato, sia in ordine alla precedenza da accordare nel caso in cui la Regione, la Provincia e il Comune concorrono contemporaneamente per il trasferimento della prelazione da parte del Ministero. A tale proposito è stata evidenziata anzitutto la mancanza di un criterio per dirimere il conflitto tra più Enti locali aspiranti all'esercizio della prelazione. Infatti le norme in questione prevedono soltanto che il Ministero può rinunciare alla prelazione trasferendone la facoltà entro venti giorni all'Ente locale interessato, che negli stessi venti giorni doveva formulare una proposta di prelazione senza però conoscere gli altri eventuali aspiranti. In tal caso può ritenersi applicabile il criterio stabilito dalla Costituzione nell'art. 118 che attribuisce una tendenziale preferenza per il Comune salvo che per ragioni di sussidiarietà le funzioni di valorizzazione culturale siano più efficacemente svolte dalla

Provincia o dalla Regione. (254) Come pure a tale scopo risultano rilevanti le indicazioni sulle specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, contenute nella proposta che l'Ente locale deve formulare al Ministero e di cui il Ministero non può non tenere conto nel momento in cui decide di trasferire l'esercizio della prelazione. (255) Per la giurisprudenza spetta esclusivamente al Ministero la soluzione del conflitto tra Enti locali e l'individuazione del prelazionario. (256) E' stata evidenziata altresì la mancanza di una previsione dell'obbligo di effettuare la denuncia direttamente agli Enti locali. Questi infatti ne vengono a conoscenza tramite il sovrintendente. Il che, data l'esiguità del termine di venti giorni per la proposta di prelazione da parte dell'Ente locale e l'inesistenza di correttivi per eventuali ritardi del sovrintendente nella comunicazione della denuncia, può causare, in caso di ritardi burocratici, la spiacevole eventualità che la collettività venga privata della fruizione di un bene culturale direttamente collegato alla sua specifica storia civile. (257) E' stata evidenziata inoltre la brevità del termine concesso agli Enti locali per l'esercizio della prelazione rispetto a quello a disposizione del Ministero. Infatti, mentre il Ministero può fruire di un termine di sessanta giorni per esercitare la prelazione, l'Ente territoriale locale invece nei primi venti giorni deve formulare la proposta di prelazione e aspettare di conoscere che il Ministero non abbia esso stesso ritenuto di esercitare la prelazione, poi fruirà di un termine di soli quaranta giorni per l'esercizio della prelazione. Tale disparità di trattamento induce a riflettere sulla costituzionalità delle disposizioni dell'art. 62 del Codice sia sotto il profilo del rispetto delle autonomie locali (art. 5 della Costituzione) sia sotto il profilo dell'eguaglianza fra Stato e Enti territoriali locali. (258)

V. Le conseguenze dell'esercizio della prelazione. 1. Gli effetti e il contratto di locazione precedentemente concluso. Il provvedimento con il quale la Pubblica Amministrazione esercita la prelazione è un atto recettizio(259), onde produce i suoi effetti allorché è notificato, nei termini previsti dall'art. 61 del Codice, all'alienante e all'acquirente del contratto di alienazione su cui va ad incidere. Gli effetti si producono dalla data dell'ultima notifica e determinano (salvo ulteriori effetti derivati): 1. il trasferimento coattivo della proprietà del bene a favore dello Stato; 2. la caducazione del negozio di alienazione posto in essere; 3. la nascita di un rapporto obbligatorio tra l'alienante e lo Stato, da cui discende l'obbligo del primo di consegnare il bene e l'obbligo del secondo di corrispondere il prezzo. Anzitutto il bene, per effetto della prelazione, passa dalla proprietà privata alla proprietà pubblica e confluisce nel demanio dello Stato ai sensi dell'art. 822 c.c.. In particolare è assoggettato al particolare regime del demanio pubblico(260) (demanio culturale)

previsto dall'art. 823 c.c., secondo il quale i beni facenti parte del demanio "non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi". Il che significa che vengono a caducarsi i diritti dei terzi costituiti sul bene, che diventano incompatibili con la nuova condizione acquisita dal bene demaniale(261). Cessa automaticamente il contratto di locazione concluso in precedenza dall'alienante con il terzo(262), che non può vantare nei confronti dell'Amministrazione (che non ha mai assunto la qualità di locatore) alcun diritto dipendente dalla sua qualità di conduttore(263). Ne consegue che al terzo conduttore non spetta l'indennità di avviamento ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 69 della legge 27 luglio 1978, n. 392 da far valere nei confronti dell'Amministrazione(264). Ma, se non può esercitare alcuna azione contro l'Amministrazione, l'ex locatario potrà comunque agire contro l'ex proprietario per ottenere il compenso per la perdita dell'avviamento(265). Inoltre il protrarsi della detenzione dell'immobile, dopo l'esercizio della prelazione, da parte dell'ex conduttore obbliga quest'ultimo al risarcimento del danno determinato alla stregua di una indennità di occupazione eventualmente superiore al canone di locazione(266). Coerentemente a quanto sopra, il godimento del bene demaniale da parte dei terzi non può più avvenire in base a contratti di diritto privato, ma soltanto mediante un atto avente natura di concessione, in mancanza del quale il privato non è legittimato all'occupazione(267). Tuttavia non può essere esclusa la permanenza di alcuni diritti dei terzi derivanti dalla legge o dal provvedimento amministrativo o giurisdizionale con il quale è imposto il vincolo, così ad es. : il diritto di abitazione spettante al coniuge superstite ex art. 540, comma 2 c.c.; la servitù coattiva ex art. 1032 c.c.; l'ipoteca giudiziale(268). Non risulta incompatibile l'usufrutto(269) già costituito in favore di terzi. Inoltre il passaggio dei beni, per effetto della prelazione, in proprietà dello Stato determina l'impossibilità definitiva per il negozio di alienazione di produrre effetti. Infatti il comma 4 dell'art. 61 del Codice prevede che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione ("rimane sospensivamente condizionato"). Sicché l'atto di alienazione, validamente costituito, si configura come un "contratto condizionale", dove la pendenza del termine costituisce la condizione estrinseca futura ed incerta di efficacia del contratto del genus delle conditiones iuris. Dall'avveramento o meno della condizione dipende poi la produzione degli effetti o l'impossibilità definitiva che essi possano essere prodotti (art. 1353 c.c.). Tuttavia, in pendenza della condizione, possono essere compiuti atti conservativi in base all'art. 1356 c.c. (l'acquirente può chiedere il sequestro del bene) o dispositivi in base all'art. 1357 c.c. (l'acquirente può disporre del diritto purché subordinato alla stessa condizione sospensiva). Nel caso in cui la condizione si verifichi (cioè sia stata esercitata la prelazione) gli effetti retroagiscono al tempo della conclusione del contratto, ex tunc, secondo quanto previsto dall'art.

1360 c.c. Pertanto il negozio di alienazione, condizionato sospensivamente (art. 61, comma 4) rende incerti gli effetti, in pendenza della condizione (salvo gli atti conservativi e dispositivi), e non li potrà definitivamente produrre o cesserà definitivamente di produrli a seguito dell'esercizio della prelazione, con la conseguenza che l'alienazione si deve considerare come non avvenuta, con effetti liberatori sia per l'alienante che per l'acquirente. Anche le clausole facenti capo al contratto assoggettato a prelazione vengono meno e non vincolano lo Stato ai sensi dell'art. 61, comma 5. La giurisprudenza interpreta in maniera estensiva il comma 5 dell'art. 61 ritenendolo applicabile non solo alle clausole accessorie con cui si precisano le obbligazioni assunte dalle parti o con cui si stabiliscono condizioni di efficacia o modalità di adempimento, ma anche "a tutte le clausole che in qualsiasi modo possono compromettere il vincolo pubblico, comprese quelle che, attraverso una limitazione dell'oggetto del contratto, si risolvono in un impedimento o in un condizionamento dell'esercizio della prelazione" (270), che non può non investire la cosa nella sua unitarietà e interezza. In conseguenza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, anche la clausola che riserva all'alienante la comproprietà di una parte dell'immobile unico ed indivisibile non è vincolante per lo Stato. (271) Ma la disposizione in esame dell'art. 61, comma 5, facendo riferimento alle clausole contrattuali, non può riguardare anche il rapporto sostanziale(272), come asserito dalla giurisprudenza. La previsione riguarda invece le clausole relative all'esecuzione del contratto (ad es., clausola compromissoria, clausola di risoluzione o di consegna differita, ecc.), che comunque si pongono in contrasto, ove apposte, con l'acquisto delle proprietà da parte della Pubblica Amministrazione libera da pesi e limitazioni. Pertanto appare valida la clausola contenuta nella vendita di un immobile con cui l'alienante riserva a proprio favore l'usufrutto, perché in tal caso la prelazione può essere applicata alla nuda proprietà e l'usufrutto non si pone in contrasto con la natura demaniale che il bene acquista a seguito della prelazione. (273) Nel caso in cui la prelazione si applica ad una parte delle cose oggetto del negozio di alienazione, poiché in tal caso l'acquirente può recedere dal contratto, possono venir meno anche le obbligazioni legate alla parte del contratto estranea alla sorte di beni rientranti nella prelazione(274). L'esercizio della prelazione dà luogo anche ad un rapporto obbligatorio tra l'alienante e la Pubblica Amministrazione. Il contenuto di tale rapporto consiste nell'obbligo dell'alienante di consegnare il bene, ma essenzialmente nell'obbligo dell'Amministrazione di pagare il prezzo del bene, determinato ai sensi dell'art. 60 del Codice(275). Dottrina (276) e giurisprudenza(277) escludono che il pagamento del prezzo possa essere configurato come elemento costitutivo della fattispecie di prelazione, ma piuttosto come oggetto di un rapporto obbligatorio tra Amministrazione e alienante che sorge per effetto del provvedimento

di prelazione. 2. Il rapporto obbligatorio tra l'alienante e lo Stato: la determinazione del prezzo. Il privato non può evitare l'acquisto in via di prelazione del bene culturale da parte dello Stato, ma deve essere ristorato con il prezzo stabilito dal negozio di alienazione, lo stesso che avrebbe percepito trasferendo il bene a terzi. Infatti, la corresponsione all'alienante del valore del bene stabilito nel contratto costituisce l'adempimento dell'obbligazione a carico dello Stato, sorta per effetto dell'esercizio della prelazione. Il che chiarisce ancora di più(278) che l'istituto non può essere configurato come una espropriazione, (279) dal momento che la prelazione mira a fare acquisire il bene al patrimonio pubblico senza arrecare alcuno svantaggio economico al proprietario che ha deciso di alienare il bene. (280) Né risulta possibile che l'Amministrazione possa adeguare il valore risultante dall'atto di trasferimento al valore venale, quale reputato di mercato. (281) Addirittura si potrebbe verificare uno svantaggio economico per l'Amministrazione ove il prezzo dovesse essere inferiore a quello stabilito nel contratto. (282) Il che potrebbe indurre i contraenti (anche con separati accordi) ad indicare un prezzo più elevato per sfruttare in caso di esercizio della prelazione, la differenza economica. Tuttavia può succedere che la determinazione del prezzo manchi. Quando il prezzo del bene non è indicato nell'atto di trasferimento o nell'ipotesi in cui il bene sia alienato assieme ad altri per un unico corrispettivo ovvero sia dato in permuta o come dazione in pagamento, sorge il problema di determinare il valore da attribuire al bene come corrispettivo della prelazione. L'art. 60, comma 2, del Codice stabilisce che in tali casi il valore economico del bene è determinato d'ufficio dallo stesso Ente che esercita la prelazione (Stato o Ente territoriale). Pertanto, in questi casi, il provvedimento con cui si esercita la prelazione, dovrà contenere la determinazione del prezzo con la precisazione dei criteri valutativi autonomamente seguiti dall'Amministrazione. (283) L'alienante però può non accettare la determinazione effettuata dall'Amministrazione e può chiedere che il valore economico del bene venga stabilito da un terzo, nominato concordemente dall'alienante stesso e dall'Ente che procede alla prelazione. Qualora fra essi non vi sia accordo per la nomina del terzo ovvero per la sua sostituzione (nel caso in cui il terzo nominato non voglia o non possa accettare), la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal Presidente del Tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto. La diversità del criterio di determinazione della competenza per ricevere la denuncia di trasferimento (soprintendente del luogo dove si trovano i beni, ex art. 59 del Codice) e per la nomina del terzo "stimatore" (Tribunale del luogo dove è stato concluso il contratto) può provocare un aumento dei costi nel caso in cui non vi sia coincidenza delle due competenze e il soggetto nominato è costretto a spostarsi dal luogo del Tribunale al luogo dove si trova il bene. (284) In proposito va considerato che le spese relative alla determinazione del prezzo e al procedimento di nomina del

terzo sono a carico dell'alienante. Nei suddetti casi ricorre un'ipotesi di applicazione degli artt. 1349 c.c. (determinazione del prezzo nel contratto in generale) e 1473 c.c. (determinazione del prezzo nel contratto di vendita), con i quali si prevede la possibilità per le parti contrattuali di affidare la determinazione del prezzo ad un terzo (arbitratore). (285) L'articolo 1349 c.c. stabilisce che il terzo può agire o secondo il suo mero arbitrio (in tal caso la determinazione del terzo può essere impugnata solo provando la sua mala fede e, se manca la sua determinazione o le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo) ovvero secondo il suo apprezzamento (in tal caso, se manca la determinazione del terzo o la sua determinazione è manifestamente iniqua o erronea, il giudice provvede a determinare il prezzo). L'art. 1473 c.c. stabilisce in particolare che, se le parti non si accordano per la nomina del terzo o per la sua sostituzione ovvero il terzo non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal Presidente del Tribunale del luogo dove si è concluso il contratto e le spese sono anticipate dall'alienante. L'art. 1439 c.c. precisa poi che, nel caso in cui espressamente le parti non vollero rimettersi al mero arbitrio del terzo, questi deve procedere con equo apprezzamento. Anche la norma di cui all'art. 60, comma 4 del Codice, in tema di prelazione, fa riferimento all'equo apprezzamento, giacché espressamente prevede che "la determinazione del terzo è impugnabile in caso di errore o di manifesta iniquità". Nel caso di specie, quindi, la determinazione appare impugnabile allorché sia così sproporzionata rispetto al corretto valore del bene da distaccarsi visibilmente dalla linea di equità e allorché la ricostruzione del valore del bene, nei suoi presupposti storici e ambientali, sia divergente dalla realtà ed abbia indotto in errore lo stesso terzo "stimatore" nell'applicazione del suo criterio valutativo, falsando la determinazione del valore del bene culturale nel merito. (286) Può inoltre capitare che un bene culturale, oggetto per intero di cessione, venga assoggettato a prelazione su di una sola parte ovvero che la prelazione si eserciti su parte delle cose alienate. E' evidente che anche in tale caso la determinazione del prezzo per la parte soggetta a prelazione è effettuata di ufficio. Ma, mentre l'alienante ha legittimazione ad impugnare il provvedimento amministrativo di prelazione, l'acquirente non ha alcuna legittimazione in proposito. (287) Ciò in quanto l'acquirente è già tutelato con l'azione di recesso ai sensi dell'art. 61, comma 6, del Codice (supra al II, n. 4.5). (288) All'acquirente non rimane altra scelta se non quella di recedere dal contratto, allorché, a suo giudizio, la mancata integrale acquisizione del bene non lo soddisfi (art. 61, comma 6, del Codice). (289) La determinazione del prezzo, da corrispondere a fronte della prelazione, va intesa in senso civilistico del termine e si identifica con il corrispettivo in denaro maggiorato delle spese documentate e occorse per la stipulazione dell'atto di alienazione. (290) Infatti i diritti di mediazione (di asta) vanno

considerati componenti necessari del prezzo in quanto senza l'intermediazione dell'asta verosimilmente l'alienazione non avrebbe avuto luogo e neanche l'esercizio della prelazione. Il Codice non prevede espressamente le spese accessorie maggiorative del prezzo, né le esclude in quanto il compenso in questione non può ritenersi compreso tra le clausole che ai sensi dell'art. 61, comma 5, del Codice "non vincolano lo Stato". Tuttavia, tenuto conto che la prelazione è esercitata su un atto di alienazione già perfetto e che per raggiungere questo scopo le parti hanno dovuto sostenere le relative spese, appare equo imporre all'Ente prelazionario il pagamento di tutti gli oneri legati alla stipulazione del contratto. (291) 2.1. Il Pagamento del prezzo. Il pagamento del prezzo da parte dell'Amministrazione non è un elemento costitutivo del provvedimento di prelazione, né una condizione di efficacia di tale provvedimento, essendo la prelazione una forma di acquisto della proprietà che si attua non attraverso un rapporto negoziale, ma per effetto di una manifestazione di un potere pubblicistico. (292) Il pagamento del prezzo è invece l'oggetto del rapporto obbligatorio che sorge tra il soggetto pubblico e l'alienante per effetto dell'esercizio della prelazione. Esso si pone come fatto successivo e comunque autonomo rispetto all'esercizio della prelazione. La mancanza contestuale del prezzo e il ritardo nella sua effettuazione non pregiudicano quindi l'esercizio della prelazione, ma generano solo responsabilità risarcitorie a carico dell'Amministrazione. (293) Salvo tali responsabilità, non risulta neanche indispensabile che il provvedimento di prelazione indichi il termine di pagamento. (294) D'altra parte "le disposizioni in tema di espropriazione...che subordinano al pagamento del prezzo l'emanazione dell'atto ablatorio, non trovano applicazione nel sistema normativo della prelazione artistica". (295) In particolare l'art. 61, comma 3, del Codice espressamente stabilisce che "la proprietà passa allo Stato dalla data dell'ultima notifica" del provvedimento con cui è esercitata la prelazione, senza porre alcuna connessione tra pagamento del prezzo e passaggio del bene in mano pubblica. (296) Tuttavia il Ministero, assumendo con l'emanazione del provvedimento di prelazione l'obbligazione di pagare il prezzo, deve necessariamente assumere il relativo impegno contabile. (297) Infatti l'erogazione della spesa, corrispondente al prezzo da pagare, può essere effettuata solo a seguito di impegno assunto in bilancio. (298) L'erogazione della spesa avviene mediante l'emissione del mandato di pagamento. Il che comporta la necessità di verificare se le casse del Ministero prevedono fondi sufficienti per tale acquisto, tanto più che non è possibile conoscere in anticipo quanti beni culturali e di quale pregio verranno messi in circolazione e a quali prezzi. (299) Ma ciò non significa che l'impegno contabile debba necessariamente essere assunto prima o contestualmente all'emanazione del provvedimento di prelazione e comunque entro il termine dei 60 giorni previsti per l'esercizio della prelazione, come e specificatamente disposto per gli Enti territoriali.



Il fatto, che l'art. 62, comma 3, del Codice stabilisca l'obbligo dell'impegno di spesa per l'esercizio della prelazione da parte degli Enti territoriali, sta proprio a significare che non vi è un tale obbligo da parte dello Stato. (300) La priorità di salvaguardare il bene culturale fa sì che il Ministero possa assumere l'impegno contabile anche successivamente all'emissione del provvedimento di prelazione, salva la responsabilità risarcitoria per i danni arrecati all'alienante.

VI. I beni culturali mobili. 1. La prelazione sui beni culturali mobili. L'obbligo di denuncia dell'atto di trasferimento ex art. 59 del Codice sorge a carico dell'alienante anche in caso di cessione di bene culturale mobile. La rigidità formale di tale adempimento(301) (da cui può derivare la nullità prevista dall'art. 164 del Codice) impone poi che anche la denuncia dei beni mobili deve contenere tutti i requisiti prescritti dalla suddetta norma. Il che comporta che per la cessione dei beni mobili culturali le parti contraenti sono sottoposti ad oneri aggiuntivi rispetto agli altri passaggi di beni mobili che non prevedono alcuna forma scritta e godono di libertà di forma ex art. 1350 c.c. Anche nel caso dei beni culturali mobili i presupposti per l'esercizio della prelazione sono: l'esistenza di un atto di trasferimento(302) e l'esistenza del vincolo debitamente notificato. (303) Il termine per l'esercizio della prelazione è pure di 60 giorni ed in pendenza di tale termine all'alienante è vietato effettuare la tradizione della cosa. Se la consegna è effettuata in violazione del divieto di cui all'art. 61, comma 4, del Codice, colui al quale sono alienati i beni mobili non ne acquista la proprietà in virtù del possesso così come prevede l'art. 1153 c.c. Infatti in violazione del divieto il possesso non potrà mai essere considerato di buona fede e ciò impedisce l'applicabilità della regola generale sul trasferimento della proprietà dei beni mobili stabilita dall'art. 1153 c.c., secondo cui il possesso in buona fede in aggiunta al titolo idoneo fa acquistare la proprietà. Una regola particolare e una novità rispetto alla disciplina precedente è quella contenuta nell'art. 62, comma 1, del Codice che prevede l'obbligo per la Regione, nell'ipotesi di vendita di un bene culturale mobile, di darne notizia "sul proprio Bollettino Ufficiale ed eventualmente mediante altri mezzi di pubblicità a livello nazionale, con la descrizione dell'opera e l'indicazione del prezzo". Tale disposizione appare anzitutto in contrasto con le norme sulla riservatezza previste dal Codice della privacy, adottato con il D.Lgs. 196/2003. Infatti il proprietario privato di beni mobili che intende alienare è costretto a fare conoscere a tutti tale sua intenzione e addirittura i termini del contratto e il prezzo pattuito. (304) Inoltre non si capisce che senso ha dare a tutti tale notizia se la prelazione può essere esercitata solo dagli Enti territoriali. Infine la pubblicità in parola appesantisce la procedura di prelazione con il pericolo che il termine breve di

60 giorni, per il suo esercizio, possa non permettere di notificare all'alienante e all'acquirente, nel termine prescritto, il relativo provvedimento. Il procedimento per la prelazione sui beni mobili segue l'iter procedurale già esaminato al precedente IV, nn. 1, 2 e 3. Gli effetti conseguenti all'esercizio della prelazione sono quelli già illustrati al V, nn. 1, 2 e 2.1, ivi compreso l'obbligo del pagamento del prezzo a carico della Pubblica Amministrazione.

VII. Questioni processuali. 1. Il riparto di Giurisdizione, il litisconsorzio necessario e la legittimazione all'impugnativa. In materia di prelazione il riporto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è operato secondo il principio generale che assegna la giurisdizione al giudice ordinario quando la controversia riguarda l'esercizio della prelazione in assoluta carenza di potere da parte dell'Amministrazione e al giudice amministrativo quando la controversia riguarda le modalità di esercizio della prelazione. Tale criterio, valido in astratto, non ha evitato tuttavia la formazione di un contrasto esistente tra giudice ordinario e giudice amministrativo allorché la controversia riguardi la notificazione del provvedimento di prelazione oltre il termine stabilito dalla legge. In particolare la Corte di Cassazione, con orientamento consolidato, afferma la giurisdizione del giudice ordinario quando la prelazione non è esercitata nel termine di legge, in quanto in tal caso viene meno il potere dell'Amministrazione di comprimere il diritto reale del privato e questo può essere tutelato soltanto con il ricorso al giudice ordinario. (305) Alla carenza di potere per il caso di esercizio della prelazione dopo la scadenza del termine stabilito è assimilata la carenza di potere per il rifiuto della registrazione del provvedimento di prelazione da parte della Corte dei Conti ex art. 25 del R.D.L. 12 luglio 1934, n. 1214, per eccedenza della spesa rispetto alla somma stanziata in bilancio. (306) Peraltro la Corte di Cassazione ha anche affermato, in una decisione, che la notificazione del provvedimento con cui la prelazione è esercitata attiene alle modalità di esercizio del potere di prelazione, per cui rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la contestazione sulla regolarità della notificazione. (307) Invece il Consiglio di Stato è dell'avviso che la carenza di potere è determinata solo dalla inesistenza dell'atto di notificazione onde la sua tardività costituisce solo un cattivo uso del potere stesso. In particolare il Consiglio di Stato perviene all'affermazione che ai fini della legittimità dell'esercizio della prelazione è sufficiente l'esistenza di un atto di notifica, anche se invalido, potendo il difetto di potere - e quindi di giurisdizione - ricollegarsi alla sola inesistenza (e non validità) della notifica medesima. Pertanto ove si lamenti la tardività dell'esercizio della prelazione, si contesta non già la carenza di potere in capo all'Amministrazione, bensì l'illegittimità sotto il profilo temporale dell'esercizio del

potere medesimo, sicché la situazione soggettiva azionata è di interesse legittimo, con conseguente devoluzione alla giurisdizione amministrativa della relativa controversia. (308) Sempre secondo il Consiglio di Stato questa soluzione, che riconosce la giurisdizione del giudice ordinario in caso di inesistenza della notifica, evita il risultato negativo della devoluzione a due giudici diversi della cognizione del medesimo atto in relazione ai vizi prospettati dall'attore. (309) Tale prospettiva appare anche condivisa dall'orientamento minoritario della Corte di Cassazione. (310) Tuttavia occorre rilevare che l'invalidità della notifica, quando non è effettuata nelle forme prescritte, essendo inidonea a produrre gli effetti suoi propri, non può degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo e determina la carenza di potere ablativo. In conseguenza anche l'invalidità della notifica, come la notifica non eseguita, determina la devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie. (311) Con riferimento agli aspetti strettamente processuali, occorre chiarire che, poiché tanto l'alienante quanto l'acquirente sono destinatari degli effetti del provvedimento di prelazione, la pronuncia del giudice ordinario, nel caso in cui sorga controversia intorno alla validità ed inefficacia dell'esercizio della prelazione, deve necessariamente essere emessa nei confronti di entrambe le parti, sicché esse sono litis consorti necessari. (312) La non integrità del contraddittorio può essere rilevata di ufficio in ogni stato o grado di giudizio. Nel processo amministrativo invece, non applicandosi l'istituto del litis consorzio necessario, (313) entrambe le parti sono obbligate a proporre ricorso contro il provvedimento dell'Amministrazione. (314) Inizialmente all'alienante non era riconosciuto l'interesse a ricorrere. (315) Successivamente, per la sua qualità di parte del rapporto negoziale sul quale ha operato la prelazione ed in quanto titolare di un interesse differenziato all'osservanza delle norme che disciplinano l'esercizio del potere dell'Amministrazione, all'alienante è stata riconosciuta la legittimazione all'impugnativa. (316) In ordine alle questioni relative alla quantificazione del prezzo da corrispondere al privato, poiché la controversia attiene ad un rapporto obbligatorio conseguente all'esercizio della prelazione, è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario. (317)

Note: (1) Il Codice, emanato con DLgs 22 gennaio 2004 n. 42, disciplina il settore dei beni culturali regolando il patrimonio culturale della nazione (art. 9 Costituzione) in maniera unitaria e in un concetto ampio comprensivo sia dei beni culturali veri e propri che dei beni paesaggistici. Il Codice ha abrogato il T.U. 29 ottobre 1999, n. 490 che aveva da poco interamente rivisto la disciplina dei beni culturali stabilendo la contemporanea abrogazione delle disposizioni previgenti. Il riordino della materia da parte del Codice, a distanza di poco tempo dal riassetto del T.U. 490/1999, si era reso

necessario dopo l'approvazione della legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della Costituzione, che aveva innovato sulla distribuzione delle competenze Stato- Regioni-Enti locali in tema di beni culturali (competenza esclusiva dello Stato in ordine alla tutela e competenza concorrente Stato- Regioni in ordine alla valorizzazione). Successivamente il Codice è stato rimaneggiato per ben due volte. Una prima volta, a distanza di due anni dalla sua emanazione, con i Decreti Legislativi 24 marzo 2006 n. 156 e 157 ed una seconda volta, a distanza di ulteriori due anni, con i recenti Decreti Legislativi 26 marzo 2008 n. 62 e 63. A. Mansi, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2004, pag. 120 e ss.; (2) Il bene privato diventa culturale in forza di un provvedimento amministrativo che ne accerta la qualità "culturale" e che ha carattere recettizio, ai sensi dell'art. 15 del Codice, per cui deve essere notificato al proprietario e produce i suoi effetti dalla data della notifica. In particolare il provvedimento deve contenere la dichiarazione dell'interesse culturale, ai sensi dell'art. 13 del Codice, a conclusione del procedimento di cui al successivo art. 14. Il bene, sebbene vanti dall'origine le caratteristiche e la rilevanza del bene culturale, acquista tale status solo con la dichiarazione ex art. 13 e con la sua notificazione al proprietario, con conseguente applicazione da questo momento della disciplina del Codice e di una compressione alla libera disponibilità. Esso è oggetto di una disciplina funzionalizzata alla tutela e alla conservazione della memoria storica della comunità nazionale per gli stessi motivi per i quali il legislatore assegna allo Stato la tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali in mano pubblica. Questi ultimi sono anche essi sottoposti ad un procedimento di verifica dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del Codice, con emissione di un provvedimento conclusivo analogo a quello rilasciato per i beni privati. Tuttavia per i beni pubblici sussiste la presunzione di culturalità e solo a seguito di esito negativo dell'accertamento viene meno il regime giuridico speciale ad essi applicato. AA.VV., *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pag. 66 e ss.; Massimo Plasmati, *La negoziazione dei beni culturali*, in *Saggi, Contratti e Impresa*, pag. 774 e ss.; Tiziana Autieri, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Maggioli, 2007, pag. 161 e ss. (3) Cioè della possibilità di vendita dei beni culturali e del libero trasferimento di essi dall'uno all'altro soggetto giuridico in forza di negozi giuridici legali (tipici) o volontari (atipici) ovvero la loro alienabilità e trasmissibilità. (4) Altre forme di acquisto privilegiate dallo Stato si considerano: l'acquisto all'esportazione (art. 70 Codice), l'acquisto dei beni ritrovati nel sottosuolo o sui fondali marini (art. 91 Codice), l'espropriazione (art. 95 Codice). Infra al n. 3. (5) Per distinguerla dalle altre figure di prelazione legale previste dal Codice Civile. (6) La prelazione può essere esercitata, oltre che nei confronti dei beni culturali di proprietà dei privati, anche nei

confronti di quelli appartenenti ad Enti pubblici : Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923. (7) Infatti i beni culturali pubblici possono essere alienati solo a seguito di autorizzazione da parte del Ministero. Successivamente l'atto di trasferimento dovrà essere denunciato all'autorità competente che ha il potere di esercitare la prelazione. M.A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano 2006, pag. 417 e ss. (8) La prelazione viene a comprimere, attraverso l'acquisto privilegiato attribuito allo Stato (o altro Ente pubblico territoriale interessato), il potere riconosciuto ai singoli dall'ordinamento giuridico di regolare autonomamente i propri interessi nel campo del diritto privato – A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2004 *Infra* n. 3. (9) Modifica apportata dal DLgs 62/2008 al comma 1 dell'art. 10 del Codice. (10) M. Pasmati, *op. cit.*, pag. 773; P. Virga, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, pag. 287 e ss; A.M. Sandulli, *Voce Beni culturali*, in *Enc. Dir.*, pag. 277. (11) Il DLgs 62/2008 ha modificato il comma 1 dell'art. 55 del Codice facendo coincidere il demanio culturale con le tipologie dei beni indicate nell'art. 822 c.c. e limitando l'inalienabilità assoluta ai soli beni elencati nel comma 1 dell'art. 54. Anteriormente a tale modifica l'inalienabilità era estesa anche ai beni precisati nel comma 2 dell'art. 54. AA.VV., *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pag. 163 *ess.*; M.A. Sandulli, *op. cit.* pag. 405 e ss. (12) M.A. Sandulli, *op. cit.*, pag. 417 e ss.; M. Pasmati, *op. cit.*, pag. 786. (13) G. Perrella – S. Marino, *Prelazione Artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse*, in *I contratti*, 2007, fasc. 7 pag. 703 e ss. (14) M. Cammelli, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, Il Mulino, 2007, pag. 247 e ss; P. Monteleone, *La disciplina dei vincoli al trasferimento dei beni culturali in ambito nazionale*, in *Il Nuovo Diritto*, fasc. 10 – 11, pag. 815 e ss. (15) Cons. Stato, Ad. Gen., 13 luglio 1989, n. 59, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1072 e ss. (16) M. Cammelli, *op. cit.*, pag. 249 e ss. (17) P. Monteleone, *op. cit.*, pag. 824, secondo il quale nel contesto si collocano anche l'acquisto coattivo in caso di esportazione e l'espropriazione. (18) L'istituto trova la sua specifica collocazione negli artt. 60,61 e 62 del Codice, che ha per lo più mantenuto l'assetto disciplinare impresso dal T.U. 490/1999 *previgente*, ma con rilevanti modifiche. Sono state poi apportate significative modifiche con il DLg. 156/2006, cui sono seguite ulteriori modifiche con il DLg 62/2008. (19) *Infra* al II, n. 4 e ss. (20) Come precisato sopra (nota n. 1) il Codice detta la disciplina della materia con riferimento al patrimonio culturale (art. 2). Ma si tratta di un principio unificatore del settore in quanto nella nozione di patrimonio culturale il Codice ricomprende i beni culturali in senso stretto (cioè i beni che presentano interesse artistico, storico, archeologico e bibliografico o comunque considerati dalla legge quali testimonianze di civiltà) e il paesaggio (cioè i beni che costituiscono espressione di valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio). (21) L'espressione "beni

culturali” fu adottata per la prima volta dalla “Commissione Franceschini” di cui alla legge 24.04.1964, n. 310 e fu codificata con la legge istitutiva del Ministero dei Beni Culturali ed ambientali (D.L. 14.10.1974, n. 657, convertito in legge 29.01.1975, n. 5), nonché utilizzata nella legislazione successiva. Il DLgs 31.03.1998, n. 112 ha poi dato la definizione di beni culturali (indicandone in astratto le caratteristiche) recepita dal Codice. (22) Infra al n. 3. (23) Analogo rinvio è disposto dal Codice Civile negli artt. 828 e 830 per quanto riguarda i beni culturali pubblici dello Stato, degli Enti pubblici territoriali e degli altri Enti pubblici. (24) La disciplina speciale dei beni culturali è stata contenuta prevalentemente nella legge 1089/1939 fino alla riunificazione delle norme in materia ad opera del T.U. 490/1999 e poi del D.Lgs. 42/2004 recante il Codice. (25) F. Toschi Vespasiani, in Rassegna di diritto civile, 2003 fasc. 1-2, pag. 34 e ss. (26) T. Alibrandi – P. G. Ferri, I Beni Culturali e Ambientali, Milano, 1995, pag. 24; G. Palma, I Beni d’interesse pubblico e contenuto della proprietà, Napoli, pag. 239 e ss. (27) C. Fabbricatore – A. Scarpa, La circolazione dei beni culturali, Giuffrè Editore, 1998, pag. 11 e ss. (28) C.M. Mazzoni, Aspetti civilistici della tutela dei beni culturali, in Riv. crit. dir. priv., pag. 393; G. Palma, op. cit. pag. 239 e ss. (29) T. Alibrandi – P.G. Ferri, op. cit., pag. 20 e ss. (30) M.R. Cozzuto Quadri, La circolazione delle cose d’arte, Napoli, 1997, pag. 14. (31) A.M. Sandulli, Beni Culturali in Enc. Dir., 1959, pag. 279; G. Palma, op. cit., pag. 239 e ss. (32) M.S. Giannini, I Beni Culturali, in Riv. Trim. dir. pubblico, 1976, pag. 20 e ss. (33) S. Pugliatti, Beni mobili e immobili, Milano, 1967, pag. 192. (34) L’immaterialità viene a connotare il bene culturale sovrapponendosi al profilo commerciale della cosa, comportando limitazioni al diritto di proprietà e alla circolazione. Tuttavia il Codice agli artt. 10 e 11 prende in considerazione e disciplina come beni culturali solo cose materiali (entità del mondo fisico). (35) F. Toschi Vespasiani, op. cit., pag. 310. (36) Il principio di sussidiarietà orizzontale è riconosciuto dall’art. 118, c