



VERONICA BONGIOVANNI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Messina

LA PRELAZIONE ARTISTICA TRA PUBBLICO E PRIVATO *

SOMMARIO: 1. *Il regime di circolazione dei beni culturali di proprietà privata e la prelazione artistica. – 1.1. Il fondamento dell'istituto tra istanze pubblicistiche e ragioni privatistiche. – 2. La delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo. – 2.1. L'onerosità e l'efficacia traslativa, quali caratteri generali del negozio soggetto a prelazione artistica. – 3. La denuncia di trasferimento. – 3.1. Le conseguenze in caso di denuncia omessa, tardiva o incompleta. La previsione di una nullità relativa e di un meccanismo assimilabile al retratto. – 4. La natura giuridica della prelazione artistica. – 4.1. Le difficoltà di ricondurla nella categoria delle prelazioni legali e l'inquadramento tradizionale nell'ambito dei provvedimenti amministrativi. – 4.1.1. L'accostamento alla figura dell'espropriazione. Rilevi critici. – 4.2. L'approccio interpretativo fondato sulla valorizzazione degli aspetti privatistico-negoziali. – 4.3. La configurabilità di una fattispecie negoziale funzionalmente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico.*

1. – Il legislatore ha da tempo avvertito l'esigenza di prevedere un ampio apparato di forme di tutela per i beni culturali, che siano stati qualificati tali, gravando la pubblica amministrazione di una serie di obblighi di controllo delle modalità di conservazione e godimento da parte di chi li ha in proprietà o di chi, a vario titolo, li detiene¹. La scelta di sottoporre a particolari regimi questi beni nasce anche dalla necessità di vigilare sulle vicende di trasferimento o di costituzione dei diritti che li riguardino e ciò in quanto le variazioni del soggetto titolare del diritto su un bene possono ripercuotersi sulle condizioni di conservazione, manutenzione, sicurezza e garanzia del godimento pubblico².

* Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca internazionale promosso dall'*Universidad de Cadiz* (Spagna) e finanziato dal *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades*, sul tema "*Los derechos de adquisición y de preferencia*" (PGC2018-094243-B-C22).

¹ M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 184 ss., lo segnala in relazione al diritto di prelazione attribuito allo Stato dagli artt. 5 e 6 della l. 20 giugno 1909, n. 364.

² Dopo la l. n. 364/1909, così detta Rosadi-Rava, gli artt. 63, 64 e 65 del regio decreto 30 gennaio 1913, n. 363, hanno contemplato, con riferimento ai beni culturali vincolati, sia obblighi di denuncia sia la possibilità di acquistare in via di prelazione. Il contenuto di tali disposizioni è stato dapprima trasfuso negli artt.



Nell'ambito dell'attuale normativa di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio, il Capo IV della Parte seconda, interamente dedicato alla circolazione dei beni culturali nel territorio nazionale, tiene distinte le disposizioni che si occupano dell'alienabilità dei beni culturali di proprietà pubblica (artt. 53-58) da quelle che, invece, prevedono esclusivamente la vendita dei beni culturali di proprietà privata (artt. 60-62).

Pertanto, la disciplina dettata in tema di atti traslativi della proprietà dei beni culturali si presenta estremamente variegata, differenziandosi in relazione alla tipologia del proprietario del bene e alla categoria di cui esso fa parte. In particolare, l'appartenenza dei beni culturali a soggetti privati determina, secondo uno schema d'altra parte analogo a quello delineato per i beni pubblici, una pluralità di regimi di circolazione.

Le differenziazioni nel trattamento giuridico delle vicende circolatorie sono, in questo caso, collegate non solo ad un profilo soggettivo, distinguendosi tra persone giuridiche che operano senza fini di lucro e altri soggetti privati, ma anche ad un profilo oggettivo, a seconda che il bene sia opera di un autore non vivente e risalga o meno ad oltre cinquant'anni³. Più specificamente, per i beni culturali di proprietà privata è possibile individuare tre livelli di tutela: per le cose mobili e immobili, che siano opera di un autore non più vivente, la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni e che appartengano a persone giuridiche private senza fini di lucro, vige un regime di inalienabilità assoluta, *ex art.* 54, co. 2, lett. a), a meno che non intervenga la sdemanializzazione dei beni a seguito del procedimento di verifica previsto dall'art. 12; per i beni culturali non compresi nella categoria precedente, per le collezioni o le serie di oggetti e per le raccolte librerie appartenenti a persone giuridiche private senza scopo di lucro, è previsto un regime di inalienabilità relativa, consentita, ai sensi dell'art. 56, co. 1, lett. b) e co. 2, solo in presenza di un provvedimento di autorizzazione da parte del Ministero⁴; infine, i beni culturali appartenenti a tutti gli altri soggetti privati sono assoggettati ad un regime di libera circolazione⁵.

30 e 31 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, così detta Bottai; successivamente, è confluito nel Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, adottato con il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, ed, infine, nella disciplina di cui al d.lgs. n. 42/2004, noto come Codice Urbani.

³ G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 100 ss.

⁴ In questa ipotesi, ai sensi dell'art. 57, co. 5, la pubblica amministrazione è chiamata a verificare solo che dall'alienazione non derivi un grave danno alla conservazione o al pubblico godimento dei beni, ma non è tenuta ad effettuare alcuna valutazione in positivo, correlata alla tutela e alla valorizzazione dei beni nonché alle esigenze di preservazione del carattere storico e artistico degli stessi, quale è invece quella prevista per i beni demaniali alienabili.

⁵ V. M. BUONAURO, *Commento all'art. 56 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Comm. Cod. dei beni culturali e del*



Tuttavia, proprio in relazione a quest'ultima categoria di beni, appartenenti a soggetti privati, siano essi persone fisiche o enti non riconosciuti, la normativa di settore ha da tempo previsto che qualsiasi atto di disposizione che li riguardi in tutto o in parte debba essere denunciato al Ministero e ciò, non solo per permettere l'intervento della pubblica amministrazione con provvedimenti di tutela e di conservazione, ma anche per consentirle, nel caso di alienazione a titolo oneroso, di avvalersi della possibilità di acquistare il bene esercitando il c.d. diritto di prelazione artistica⁶.

Quanto all'individuazione dei beni soggetti alla disciplina vincolistica⁷, l'art. 10 prevede diversi regimi di tutela dei beni che presentino un interesse culturale, distinguendoli in relazione all'appartenenza pubblica o privata degli stessi. In particolare, al comma 1, sono indicati i beni appartenenti allo Stato, ad enti pubblici o a persone giuridiche private senza fine di lucro, per i quali, laddove siano opera di un autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, la sussistenza dell'interesse culturale deve essere verificata attraverso il procedimento disciplinato dall'art. 12. Una volta avviato tale procedimento e, fino a quando non intervenga l'atto di verifica, essi sono soggetti ad una tutela provvisoria, disposta a fini cautelari. Il comma 2 dell'art. 10 contiene, invece, un'elencazione di beni, appartenenti a soggetti pubblici, per i quali l'interesse culturale è di per sé ritenuto sussistente dalla legge.

Quanto, invece, ai beni appartenenti a soggetti privati, che possono formare oggetto di prelazione artistica⁸, il comma 3, come in precedenza la l. n. 1089/1939 e il Testo

paesaggio, a cura di G. Leone-A.L. Tarasco, Cedam, Padova, 2006, p. 388, il quale rileva come il legislatore abbia aderito ad un sistema di tendenziale graduazione del livello di controllo pubblico sulla circolazione dei beni culturali, che raggiunge la soglia minima per quelli appartenenti a persone giuridiche private che non perseguono fini di lucro, coerentemente con l'esigenza di contemperare l'interesse pubblico e l'autonomia negoziale del proprietario.

⁶ G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *I contratti*, 2019, pp. 462 s., segnala l'imprecisione dell'aggettivo "artistica", comunemente utilizzato con riferimento alla prelazione dei beni culturali, in quanto, da un lato, i beni che formano oggetto di denuncia ed eventualmente di prelazione costituiscono una categoria ben più ampia delle sole opere d'arte, dall'altro, non sempre l'opera d'arte soddisfa i requisiti richiesti per l'instaurazione del vincolo.

⁷ V. N. ASSINI-G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici. Diritto interno, comunitario, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2006, p. 87 s., in cui si distingue, sulla base delle previsioni della l. n. 1089/1939 nonché del Testo unico del 1999, tra vincoli diretti, riguardanti cose mobili e immobili che presentano un pregio artistico o storico, e vincoli indiretti, relativi ai beni immobili assoggettati a specifiche prescrizioni che ne limitano l'uso, per la conservazione e la fruizione di valori culturali riscontrabili in altre cose, poste in loro prossimità.

⁸ Quanto all'individuazione dei beni che possono formarne oggetto, si tenga presente che la prelazione può essere anche parziale, laddove riguardi atti di alienazione aventi ad oggetto porzioni di beni non aventi funzionalità autonoma e soggetti, essi soli, a vincolo artistico. In tal caso, si pone il delicato problema di



unico del 1999, stabilisce che l'assoggettamento al vincolo avvenga a seguito della c.d. dichiarazione di interesse culturale. A tal fine, si procede, ai sensi dell'art. 13, co. 1, all'accertamento della sussistenza di un interesse culturale particolarmente importante o eccezionale, come richiesto dall'art. 10, co. 3.

1.1. – La scelta di prevedere e disciplinare la figura della prelazione artistica è storicamente legata alle esigenze di controllo delle vicende circolatorie dei beni culturali, nell'ottica di realizzare l'interesse generale alla conservazione e alla fruizione degli stessi⁹. Si tratta, quindi, di un istituto che rappresenta una chiara espressione del principio, di cui all'art. 9 Cost., di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, intesi quali valori costituzionali primari, in quanto funzionali allo sviluppo della personalità umana¹⁰.

In questa logica, che distingue, pur ammettendone la complementarietà, l'interesse pubblico dell'ente-amministrazione dall'interesse generale dell'ente-collettività, si delinea la funzione sociale della proprietà dei beni culturali e si giustifica la previsione di strumenti, quali la prelazione artistica, che impongono limitazioni all'autonomia privata¹¹.

stabilire il regime di circolazione applicabile alla restante parte non vincolata. Sul punto, v., tra gli altri, A. Pischetola, *Particolare architettonico e prelazione artistica*, in *Riv. Not.*, 2016, p. 125 ss.; P. DIVIZIA, *Rapporti fra prelazione artistica ed alienazione di quota di bene*, in *Notariato*, 2008, p. 559 ss.

⁹E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli-B. Cortese-A. Gemma-A. Massaro, RomaTrE-Press, Roma, 2017, p. 61, osserva come, nella realtà contemporanea, il concetto di fruizione del bene culturale costituisca il punto di arrivo di una serie di attività, che muovono dalla tutela conservativa del bene, ne attraversano la gestione operativa e mirano alla sua valorizzazione, da intendersi oggi quale specifica funzione amministrativa.

¹⁰Corte cost., 24 giugno 1986, n. 151, in *dejure.it*; Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *dejure.it*; Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, in *dejure.it*. Rileva A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 177, che il bene culturale, proprio per il suo valore primario, va assunto in una dimensione giuridicamente complessa "immanente alla personalità dei soggetti che ne aspirano al godimento". In tema di configurazione della proprietà dei beni culturali quale nuovo tipo proprietario, funzionale alla realizzazione delle esigenze della collettività, v. A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Esi, Napoli, 2018, p. 133 ss.

¹¹L.V. MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 983 ss., osserva come, considerato che sia nella disciplina positiva sia nelle trattazioni dottrinali tradizionali la matrice storica della prelazione è rappresentata dalla figura del retratto, attribuendosi rilievo preminente allo strumento processuale con cui il soggetto prelazionario può recuperare la cosa presso il terzo acquirente, l'interesse protetto dall'istituto non sia inerente alla persona bensì alla *res* che ne forma oggetto. In quest'ottica, sarebbe possibile distinguere tra prelazione propria e prelazione impropria, a seconda delle esigenze di tutela che ne starebbero a fondamento. In particolare, le ipotesi di prelazione propria, quali in passato quella feudale e quel-



Con riferimento a tale istituto, però, emerge oggi l'esigenza, anche alla luce dell'evoluzione del quadro normativo, di delimitarne l'ambito applicativo oggettivo, verificando l'adeguatezza del modello delineato dal d.lgs. n. 42/2004. In proposito, va, infatti, rilevato come talune fattispecie negoziali contemplate dalla legge, quali la permuta e il conferimento in società di bene culturale, pongano non trascurabili difficoltà sul piano applicativo, non essendo del tutto agevole conciliare la disciplina del Codice dei beni culturali con quella prevista dal codice civile.

Peraltro, se *prima facie* la delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo sembri richiedere all'interprete esclusivamente di vagliare le tipologie negoziali alle quali il legislatore fa espresso riferimento, per valutare l'applicabilità ad esse dello schema operativo della prelazione artistica, a ben guardare pone un problema ben più rilevante. Si tratta, invero, di definire con sufficiente approssimazione la portata da attribuire ai profili generali degli atti di alienazione assoggettabili a prelazione artistica, ossia all'onerosità e all'efficacia traslativa, anche e soprattutto nell'ottica di individuare quali negozi atipici possano formarne oggetto.

Inoltre, si pone all'attenzione dell'interprete un'ulteriore questione, connessa all'individuazione delle conseguenze derivanti dalla violazione delle previsioni normative in tema di prelazione. A tal proposito, appare necessario avviare un'indagine sui caratteri della nullità del contratto che i privati hanno stipulato senza mettere in condizione il soggetto prelazionario di esercitare il suo diritto, per capire se si sia inteso delineare un congegno del tutto distinto da quello fondato sul diritto di retratto, previsto con riferimento alle altre ipotesi di prelazione di matrice legale, ovvero possa rilevare un meccanismo ad esso per certi versi assimilabile.

Peraltro, la figura della prelazione artistica, che si connota marcatamente per la natura pubblica del soggetto prelazionario, presenta un'intrinseca problematicità, in quanto caratterizzata da una serie di aspetti che, malgrado l'affinità terminologica, sembrano porla su un piano differente rispetto alle altre ipotesi di prelazione legale. Da qui le difficoltà

la enfiteutica ed oggi solo quella successoria, troverebbero fondamento nella tutela della proprietà, anche in pregiudizio della libera circolazione della ricchezza e, specificamente, nell'esigenza di conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo familiare. Le meno remote figure di prelazione, detta impropria, introdotte nel codice civile a tutela della compattezza delle compagini societarie o dalla legislazione speciale in materia agraria o in tema di locazione non abitativa di immobili urbani tenderebbero, invece, a perseguire un obiettivo di protezione non della proprietà bensì del lavoro e dell'impresa, assunti quali valori meritevoli di tutela. In questa prospettiva, la prelazione artistica sarebbe assimilabile alle figure comprese in quest'ultima categoria, in quanto funzionale alla tutela del valore dell'impresa o del lavoro, dalle quali però si differenzerebbe per la natura pubblicistica del soggetto prelazionario.



che emergono in ordine al suo inquadramento e all'individuazione della sua natura giuridica¹².

Così, una questione di particolare rilevanza riguarda la verifica del modo in cui si atteggi, nel caso di specie, uno dei tratti caratterizzanti l'istituto della prelazione, ossia la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico. Infatti, tradizionalmente, si ritiene che la prelazione, per essere tale, comporti l'attribuzione di una posizione di vantaggio al soggetto che la esercita, senza però incidere negativamente sulla sfera giuridica del proprietario del bene, comprimendo la sua libertà di disposizione o l'utilità economica derivante dall'atto di alienazione¹³.

Invero, è evidente che si tratti di un istituto, il cui fondamento eminentemente pubblicistico ne ha certamente condizionato la disciplina, non senza però consentire un contenimento con le ragioni dei soggetti privati coinvolti. Ed è proprio l'alternanza di momenti di tipo negoziale ad altri di natura provvedimentale che impone all'interprete di affrontare il problema della qualificazione giuridica della fattispecie, con tutte le conseguenze pratiche che ne derivano, in un'ottica evolutiva, considerando, cioè, come nel tempo sia cambiato l'assetto dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati. In particolare, oggi l'interesse ad esercitare la prelazione deve intendersi riferibile allo Stato assunto, non solo quale ente esponenziale dell'intera collettività, ma anche in termini di amministrazione, che pone in essere delle scelte, sempre funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, ma non necessariamente di natura autoritativa. E ciò in quanto, scardinato il postulato della superiorità della pubblica amministrazione e, quindi, dell'unilateralità dell'attività amministrativa e legittimata l'adozione del modello consensuale al di fuori del contesto strettamente privatistico, il paradigma del rapporto pubblico – privato è inevitabilmente cambiato¹⁴.

¹² Parte della dottrina ha da tempo sollevato dubbi circa la possibilità di qualificare tale figura in termini di prelazione legale. A tal proposito, si rinvia al par. 4.

¹³ L.V. MOSCARINI, cit., p. 981. Con riferimento a questo profilo, v. le osservazioni critiche di P. GALLO, *Prelazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1996, pp. 170 s., e di G. DI ROSA, *Diritto di prelazione e circolazione dei beni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 527 ss. e spec. p. 533.

¹⁴ C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della Pubblica Amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 664 ss., rileva, partendo dalla responsabilità, come il rapporto tra cittadino e p.a., originariamente caratterizzato da posizioni differenziate, rispettivamente di subordinazione e sovraordinazione, sia diventato paritario nel momento in cui si è riconosciuto al privato danneggiato il diritto di far valere la sua pretesa nei confronti dell'amministrazione. Sotto questa luce, l'A., coniugando la responsabilità con l'autonomia, sostiene che tale rapporto diventi paritario sin dall'origine, relegando la dimensione autoritaria di manifestazione del potere pubblico a "quei soli spazi che le sono necessari per non autonegarsi".



Alla luce di questa rinnovata chiave di lettura, il problema dell'individuazione della natura giuridica della prelazione artistica assume una portata diversa da quella che lo ha connotato in passato, lasciando emergere la necessità di condurre un'analisi complessa e trasversale, in grado di valorizzarne i tratti caratterizzanti in una logica funzionale, attenta agli interessi in gioco e aperta al dialogo tra dinamiche privatistiche e pubblicistiche.

2. – Nell'art. 60 del Codice dei beni culturali, il cui testo è stato novellato prima nel 2006 e da ultimo nel 2008¹⁵, il legislatore delimita l'ambito applicativo oggettivo dell'istituto della prelazione artistica, indicando espressamente le tipologie negoziali che possono formarne oggetto. In particolare, la formulazione attualmente vigente contempla: l'alienazione a titolo oneroso dietro pagamento di un prezzo o di un corrispettivo diverso dal denaro, il conferimento di un bene in società¹⁶, la permuta¹⁷ e la dazione in pagamento¹⁸.

Per quanto attiene alle fattispecie previste dalla legge, va, in primo luogo, segnalato che l'ampliamento del novero delle tipologie di atti negoziali soggetti a prelazione con

¹⁵ Le modifiche alla previsione di cui all'art. 60 si devono, specificamente, al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, e al d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62.

¹⁶ In passato, si discuteva in merito alla sussistenza del diritto di prelazione dello Stato nel caso del conferimento di un bene culturale in società. Invero, prima delle modifiche apportate nel 2006, parte della dottrina aveva assunto al riguardo una posizione contraria, in quanto questa ipotesi non solo non era contemplata espressamente tra le tipologie di atti soggetti a prelazione ai sensi dell'art. 60, commi 1, 2 e 5, ma non sembrava presentare il requisito dell'onerosità, posto che al conferimento segue, quale controprestazione, l'acquisto della qualità di socio e non il pagamento di un corrispettivo. Pertanto, in tal caso, si riteneva che, nell'ambito del contratto di società, il trasferimento del bene fosse strumentale non ad uno scambio bensì ad una comunione di scopo, in considerazione della volontà del socio conferente di vincolare il bene al fine di prendere parte alla vita societaria. Secondo altro approccio interpretativo, invece, la prelazione in questo caso sarebbe stata ammissibile, in quanto il conferimento di un bene in società avrebbe dovuto intendersi legato da un nesso di corrispettività alla controprestazione richiesta al socio conferente. In altri termini, si assumeva che il conferimento rientrasse nella categoria degli atti a titolo oneroso, quale adempimento di un'obbligazione sorta a seguito della sottoscrizione di capitale (cfr. M. IEVA, *Vincoli formali e corredo documentale nella fase costitutiva delle società in nome collettivo e in accomandita semplice*, Riv. Not., 1989, p. 1077 ss.).

¹⁷ A differenza delle altre ipotesi, già contemplate dalla l. n. 1089/1939, la permuta è stata introdotta dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, adottato con il d.lgs. n. 490/1999.

¹⁸ Per un'analitica analisi delle ipotesi rientranti nell'ambito applicativo della prelazione artistica, v. G. PERRELLA-S. MARINO, *Prelazione artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse*, in *I contratti*, 2007, p. 703 ss.



l'espressa previsione dell'ipotesi del conferimento di un bene culturale in società¹⁹, si deve all'art. 2 del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156²⁰.

La possibilità di esercitare il diritto di prelazione in tale ipotesi, tuttavia, sembra presentare dei profili problematici in ordine alla sua concreta applicazione²¹.

In particolare, non appare del tutto agevole conciliare la disciplina di cui all'art. 61, co. 4, del Codice dei beni culturali con quella, prevista dal codice civile in materia di società di capitali e, specificamente, dagli artt. 2342, co. 3, cod. civ. per le società per azioni e 2464, co. 5, cod. civ., per le società a responsabilità limitata. Invero, mentre la prima imporrebbe che durante i sessanta giorni dalla denuncia, in attesa che il Ministero valuti se esercitare o meno il suo diritto di prelazione, gli effetti del conferimento rimangano sospensivamente condizionati e il socio conferente non possa effettuare la consegna del bene, la seconda stabilisce che i conferimenti in natura debbano essere liberati al momento della sottoscrizione, nel rispetto del principio di effettività del capitale sociale, posto a tutela dei creditori della società, i quali fanno legittimo affidamento sulla sua consistenza reale²².

Altra ipotesi di atto soggetto a prelazione artistica per espressa previsione della legge, già a partire dal Testo unico del '99, ma per certi versi problematica nella sua applicazione concreta è la permuta. Invero, trattandosi di un contratto di scambio che realizza un *do ut des* sul piano del reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da un contraente all'altro, sono stati sollevati dei dubbi circa la compatibilità di tale schema negoziale con il meccanismo operativo della prelazione, che presuppone parità di condizioni tra l'acquirente del bene culturale e lo Stato che ad esso si sostituisce

¹⁹ Sul tema, v. R. SCUCCIMARRA, *Conferimento immobiliare in società di capitali: principio di effettività e prelazione artistica*, in *Imm. propr.*, 2008, p. 215 ss.; G. MARGIOTTA, *Conferimento in società e prelazione artistica*, in *Le società*, 2007, p. 1089 ss.; M. CACCAVALE, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione*, in *Notariato*, 2007, p. 685 ss.

²⁰ La giurisprudenza ha precisato che il legislatore, tramite tale norma, abbia innovativamente disposto, ampliando il novero degli atti soggetti a prelazione, senza però prevedere alcuna deroga al principio di irretroattività delle leggi (cfr. Cons. Stato, 20 gennaio 2009, n. 267, in *dejure.it*).

²¹ In proposito, v. P. DE MARTINIS, *Prelazione artistica: vecchi e nuovi temi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1019, il quale distingue, con riferimento al conferimento di un bene culturale in società, due ipotesi. La prima, che si realizza nel caso in cui il conferimento sia stato effettuato dal socio conferente per ragioni di carenza di liquidità e presuppone la fungibilità del bene rispetto al denaro, non pare porre particolari problemi interpretativi. La seconda, invece, che si concretizza laddove il bene conferito sia da considerarsi infungibile, nel senso che sia specificamente collegato all'esercizio dell'attività d'impresa, rischia di comportare un sensibile e ingiustificato sacrificio del privato alle esigenze pubbliche.

²² R. SCUCCIMARRA, *cit.*, p. 215 s.



nell'acquisto. In altri termini, la problematicità risiede nel fatto che lo Stato dovrebbe essere in grado di offrire al proprietario una controprestazione identica a quella del contraente privato, ossia il trasferimento di un bene di pari valore; ma tale evenienza non è di agevole prospettazione pratica, se solo si considera la necessità di rispettare, perché si resti tecnicamente nell'ambito operativo della permuta, il principio dell'accessorietà dell'eventuale conguaglio in denaro, che parifichi la differenza di valore tra le due cose che formano oggetto dello scambio²³.

Un'altra ipotesi contemplata dall'art. 60 è la *datio in solutum*, già prevista dall'art. 33 della l. n. 1089/1939. In tal caso, però, non si pongono particolari problemi interpretativi, in quanto essa si realizza attraverso la sostituzione della prestazione originariamente dovuta con un'altra, che non consta di un pagamento in denaro, bensì in natura, ed è per l'appunto rappresentata dal conferimento del bene culturale.

2.1. – Come già la dottrina e la giurisprudenza avevano messo in luce prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e oggi può evincersi dalla formulazione dell'art. 60, co. 1, appartengono alla categoria delle fattispecie soggette a prelazione artistica, oltre a quelle espressamente previste dalla legge, tutti i regolamenti negoziali, qualificabili in termini di alienazione e aventi natura onerosa²⁴.

Così, posta la scelta del legislatore di non collegare necessariamente la prelazione all'esistenza di un contratto tipico, si pone, preliminarmente, all'attenzione dell'interprete il problema di definire la portata del concetto di alienazione, nell'ottica di circoscriverne il perimetro applicativo. A tal riguardo, considerate le difficoltà di ordine sistematico e classificatorio, connesse all'utilizzo ampio e variegato di tale termine nella casistica del codice civile e delle leggi speciali, è opportuno riferirsi al significato tecnico – giuridico che tradizionalmente la dottrina gli attribuisce e, in questa logica, indicare con “alienazione” il trasferimento della proprietà, quale sintesi di un atto traslativo e di un effetto ad esso correlato²⁵.

²³ A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 170, rileva come, dal punto di vista tecnico, la permuta del bene culturale impedisca il realizzarsi della prelazione; *contra* Tar Campania, 28 settembre 1999, n. 2546, in *dejure.it*, in cui, nel ribadire la necessità che il negozio abbia il carattere dell'onerosità e comporti un effetto traslativo, si ritiene che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche nell'ipotesi in cui il bene che forma oggetto del trasferimento sia dato in permuta.

²⁴ A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Cedam, Padova, 1998, p. 330 s.

²⁵ V. S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 2 ss., il quale, dopo aver pro-



Se, dunque, si accede all'idea secondo la quale l'alienazione starebbe in rapporto di genere a specie, da un lato, con le fattispecie tipiche a titolo oneroso, ossia con la compravendita e con la permuta, e, dall'altro, con quella a titolo gratuito, cioè con la donazione, deve ritenersi che rientrino nell'ambito applicativo della prelazione tutti quei negozi atipici che comportino il trasferimento della proprietà del bene culturale e prevedano il pagamento di un corrispettivo, anche diverso dal denaro²⁶.

Si afferma, ad esempio, che rilevi a tal fine la cessione del bene culturale in rendita vitalizia, configurabile quale fattispecie negoziale atipica, caratterizzata sia dal carattere dell'onerosità sia dalla produzione di un effetto traslativo²⁷.

In questa prospettiva, non possono ritenersi soggetti a prelazione tutti quegli atti che, seppur dotati di efficacia traslativa di un diritto reale, quale l'usufrutto, la servitù, il pegno o l'ipoteca, non sono inquadrabili in termini di alienazione, non generando il trasferimento della proprietà. Pertanto, sono destinati ad assumere rilievo solo quelle forme negoziali che siano in grado di consentire l'acquisto della proprietà del bene culturale in favore dello Stato, attraverso la produzione di effetti corrispondenti al contenuto dell'atto di alienazione già concluso ma sospensivamente condizionato. E ciò appare maggiormente in linea con la natura e con la funzione del potere d'intervento pubblico, in quanto lo strumento della prelazione appare idoneo a soddisfare l'interesse generale alla conservazione e alla tutela del patrimonio storico e artistico solo se rende lo Stato proprietario del bene che ne forma oggetto²⁸.

Altro è, invece, il caso dell'alienazione della nuda proprietà di un bene culturale gravato da usufrutto, con riferimento al quale la giurisprudenza ha mostrato una certa apertura, in considerazione dell'assunto secondo cui il carattere necessariamente temporaneo

posto una rassegna esemplificativa, rileva come il legislatore non si sia preoccupato né di attribuire al termine "alienazione" un significato preciso e ben definito, da adottare in relazione a tutti i testi legislativi nei quali ricorre, né di adoperarlo per esprimere sempre la medesima idea.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889, in *dejure.it*; Tar Campania, 28 settembre 1999, n. 2546, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1987, n. 400, in *dejure.it*.

²⁷ Cons. Stato, 30 aprile 1997, n. 679, in *dejure.it*, in cui si precisa, a proposito dell'ambito applicativo dell'art. 30 della l. n. 1089/1939, che l'esercizio del diritto di prelazione "è condizionato all'esistenza di una regolamentazione negoziale che comporti comunque un effetto traslativo delle cose soggette a vincolo". Si tende, tuttavia, ad escludere la possibilità di consentire l'esercizio della prelazione nell'ipotesi del vitalizio alimentare, che, come ha rilevato la giurisprudenza, si fonda sull'*intuitu personae* e implica una forte variabilità delle prestazioni, che dipendono strettamente dallo stato di bisogno del beneficiario (cfr. Cass. civ., 18 dicembre 1986, n. 7679, in *dejure.it*; Cass. civ., 14 giugno 1982, n. 3625, in *dejure.it*; Cass. civ., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *dejure.it*).

²⁸ T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 486.



della limitazione del diritto e la possibilità di effettuare controlli sulla gestione del bene giustificerebbero l'ammissibilità dell'esercizio della prelazione²⁹.

Peraltro, un ulteriore ampliamento dell'ambito applicativo della prelazione è derivato dal consolidarsi dell'orientamento interpretativo secondo cui tale disciplina non si applicherebbe esclusivamente agli atti negoziali la cui funzione economico – sociale sia costituita da uno scambio di una cosa contro un prezzo e che realizzino un effetto traslativo, bensì dovrebbe intendersi estesa a tutti i regolamenti che prevedano l'assunzione di obbligazioni a carico di entrambe le parti, così come avviene nell'ipotesi della transazione³⁰.

Oltre a dover avere efficacia traslativa, è necessario, per espressa previsione legislativa, che l'atto di alienazione rispetto al quale viene esercitata la prelazione sia a titolo oneroso³¹, tale cioè da implicare una prestazione corrispettiva, e che quest'ultima sia fungibile e, quindi, suscettibile di essere realizzata, oltre che dal terzo acquirente con cui il proprietario abbia contrattato, anche dal titolare del diritto di prelazione, senza che la sostituzione di un soggetto con un altro incida sulla sostanza degli interessi dell'alienante.

La verifica dell'onerosità dell'atto assume, in questo caso, una particolare rilevanza, essendo destinata a incidere sulla questione relativa alla sussistenza o meno della parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico e, per tale via, ad influire sulla possibilità di configurare la prelazione artistica alla stregua delle altre ipotesi di matrice legale.

²⁹ V. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1995, n. 348, in *Foro it.*, 1996, p. 226, secondo cui la nuda proprietà, quale diritto reale destinato a riprendere la sua piena consistenza attraverso la riunione all'usufrutto, è economicamente apprezzabile e idonea ad assicurare all'Amministrazione immediati poteri di gestione sul bene.

³⁰ In dottrina, v. F. DE MARIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 285. Ai fini dell'applicazione dell'istituto, è più corretto distinguere il caso in cui il rapporto controverso riguardi la titolarità del diritto sul bene soggetto a prelazione, da quello in cui l'attribuzione del bene rappresenti l'adempimento di pregresse obbligazioni dell'alienante. Invero, solo in quest'ultima ipotesi e non anche nella prima, pare potersi ammettere che operi la prelazione (cfr. G. PERRELLA, S. MARINO, cit., 706 s.). In questa prospettiva, v. Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2016, n. 14432, in *dejure.it*, in cui si afferma che la transazione può avere funzione traslativa soltanto con riguardo a rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, dovendosi ritenere inconcepibile il trasferimento tra le parti in lite di un diritto la cui appartenenza sia incerta perché oggetto di contestazione (in senso conforme, v. anche Cass. civ., sez. I, 17 settembre 2004, n.18737, in *dejure.it*; Cons. Stato, 10 giugno 1987, n. 400, cit.).

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in *dejure.it*, laddove si afferma che il negozio di trasferimento a titolo oneroso del bene, con la dichiarazione di alienare del proprietario del bene culturale, "assume il ruolo di presupposto oggettivo e occasione storica del procedimento destinato a sfociare nella prelazione".



Così, in primo luogo, è agevole sgombrare il campo da tutti quei negozi che, non presentando pacificamente tale carattere, devono ritenersi esclusi dall'ambito applicativo oggettivo della prelazione artistica. E ciò vale, oltre che per gli atti *mortis causa*, per quelli a titolo gratuito³² e, specificamente, per la donazione. Invero, se così non fosse e si ammettesse la prelazione di un bene culturale oggetto di donazione, al di là dell'obbligo di denuncia del relativo trasferimento, lo Stato finirebbe per sostituirsi al donatario, sacrificando non solo il suo interesse ad ottenere un corrispettivo, ma anche quello strettamente personale del donante³³.

Si pongono, invece, non trascurabili problemi interpretativi con riferimento a quelle figure negoziali, la cui natura giuridica è incerta, collocandosi a metà strada tra gli atti a titolo oneroso e quelli a titolo gratuito. In particolare, appare controversa l'ammissibilità della prelazione nell'ipotesi in cui il bene culturale abbia formato oggetto di un *negotium mixtum cum donatione*.

A tal riguardo, considerando l'indirizzo prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che tende a ricondurre il negozio misto nella categoria delle donazioni indirette³⁴, fondate anch'esse, come quelle dirette, sull'*intuitu personae*, si dovrebbe concludere per l'inammissibilità della sostituzione del beneficiario designato con il soggetto titolare del diritto di prelazione. In questa prospettiva, gli effetti di liberalità, pur se circoscritti, sembrano assumere una rilevanza fondamentale in ordine all'inquadramento del negozio in termini di atto a titolo gratuito.

E proprio in questa prospettiva, con riferimento alla prelazione agraria, si è espressa la giurisprudenza, secondo la quale la sussistenza di un carattere gratuito parziale sarebbe comunque in grado di impedire l'assimilazione del negozio misto al trasferimento a titolo oneroso richiesto ai sensi dell'art. 8 della l. n. 590/1965³⁵.

³² Si tenga presente, come si chiarirà meglio nel par. successivo, che l'ambito applicativo della prelazione non corrisponde a quello della denuncia di trasferimento; cosicché, mentre quest'ultimo è più ampio, in quanto comprende anche gli atti *mortis causa* e a titolo gratuito, il primo è più ristretto, in quanto tali tipologie negoziali ne restano escluse.

³³ A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 169.

³⁴ In proposito, v., tra i numerosi arresti giurisprudenziali, Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 1955, in *I contratti*, 2007, p. 753 ss., con nota di F. Cerio, la quale, pur ammettendo la sussistenza di una causa onerosa nel *negotium mixtum cum donatione*, afferma che il negozio stipulato dai contraenti abbia lo scopo di raggiungere, attraverso la sproporzione tra le prestazioni corrispettive, una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore e, pertanto, realizzi una donazione indiretta.

³⁵ V. Cass. civ., III sez., 15 maggio 2001, n. 6711, in *Nuovo dir. agr.*, 2001, p. 851; in *Notariato*, 2002, con nota di M. Patuelli.



A tale conclusione si perviene anche in relazione alla prelazione artistica, attribuendo rilevanza determinante all'intento liberale e ritenendo, dunque, inammissibile l'ingresso dell'amministrazione all'interno di un regolamento negoziale che, per le sue intrinseche peculiarità, sembra difficilmente ascrivibile alla categoria degli atti a titolo oneroso³⁶.

Tuttavia, per inquadrare correttamente il problema, pare opportuno spostare l'attenzione dagli effetti alla causa del negozio, la quale potrebbe connotarsi comunque in termini di onerosità, nonostante l'apparente mancanza di un rapporto sinallagmatico, dovuta alla sproporzione tra le prestazioni. Invero, l'indagine sulla causa, che consente di stabilire quali siano gli effetti che ne derivino, rappresenta un antecedente logico rispetto al giudizio di onerosità³⁷.

In altri termini, soprattutto in un ambito, quale quello di specie, connesso alla tutela di un interesse superindividuale, emerge la necessità di accertare le ragioni che in concreto hanno mosso le parti ad addivenire alla stipula del negozio, per poter ritenere eventualmente applicabile la disciplina in tema di prelazione laddove risulti prevalente la causa onerosa rispetto a quella liberale. Non si propone, però, una valutazione meramente quantitativa, bensì una verifica approfondita, che consenta di salvaguardare l'interesse pubblico, in tutti quei casi nei quali ciò non rischi di snaturare il contratto, operando una coartazione dell'*animus donandi*.

Così, qualora, a seguito di un'indagine sulla sua causa in concreto, sia possibile annoverare il negozio misto tra gli atti a titolo oneroso, si potrebbe ritenere ammissibile l'acquisto in via di prelazione del bene culturale da parte dello Stato, restando l'intento di donare del soggetto alienante ricompreso nell'ambito dei motivi. In quest'ottica, rifugiando da logiche astratte e verificando la sussistenza di una causa onerosa, l'interesse pubblico, in quanto funzionale al perseguimento di un obiettivo di tutela superindividuale, sarebbe destinato a prevalere rispetto al tradizionale *favor* nei confronti degli atti di liberalità.

³⁶ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale, v. G. PERRELLA-S. MARINO, cit., 706.

³⁷ In questi termini, v. Cass. civ., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 31 ss., con nota di G. ANDREOTTI, *La causa concreta nel giudizio di onerosità e gratuità*, in cui si afferma che la valutazione di gratuità o onerosità di un negozio giuridico vada compiuta con esclusivo riguardo alla causa in concreto, intesa come "sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".



3. – Il procedimento che può sfociare nell'acquisto in via di prelazione da parte dello Stato trae origine da un atto del privato, proprietario del bene, quale è appunto la denuncia di trasferimento. In particolare, il momento in cui essa viene effettuata rappresenta il *dies a quo* di decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione³⁸.

Si è ampiamente discusso in dottrina sulla natura giuridica della denuncia, alternandosi, come anche per il provvedimento con cui si esercita la prelazione, due tesi ricostruttive. Secondo un primo approccio interpretativo, si dovrebbe ritenere che abbia la natura di una proposta contrattuale e, dunque, si atteggi ad elemento prenegoziale, a cui farebbe seguito poi l'accettazione del soggetto che esercita la prelazione, chiudendo la sequenza contrattuale³⁹. Altra opzione ricostruttiva è, invece, quella della natura pubblicistica, che inquadra la denuncia in termini di mera comunicazione dell'avvenuta stipula di un contratto di alienazione *inter alios*, che non implica alcuna eventuale accettazione da parte del soggetto prelazionario, ma semplicemente gli consente di esercitare il diritto di prelazione, nell'esercizio del suo potere autoritativo⁴⁰. Propone, infine, una soluzione intermedia tra le due già prospettate l'orientamento interpretativo secondo cui tale denuncia avrebbe natura negoziale, ma si inserirebbe nell'ambito di una fattispecie procedimentale a composizione mista, strutturata sulla base di un'alternanza di momenti privatistico – negoziali e autoritativo – provvedimentali⁴¹.

La disciplina della denuncia di trasferimento è contenuta nell'art. 59 del Codice dei beni culturali, che impone tale obbligo per gli atti che trasferiscono, in tutto o in parte e a qualsiasi titolo, la proprietà o, per i beni mobili, anche semplicemente la detenzione di un bene culturale.

Tale disposizione, riproducendo quasi pedissequamente la disciplina prevista dall'art. 58 del Testo unico, stabilisce un termine di trenta giorni entro il quale deve essere effettuata la denuncia⁴², che decorre dalla data di stipula dell'atto di trasferimento⁴³.

³⁸ A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 168.

³⁹ B. CARBONI, *Natura negoziale della prelazione dello Stato e sua riconducibilità nella categoria delle prelazioni legali*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, Seminario coordinato da G. Benedetti e L. V. Moscarini, Giuffrè, Milano, 1988, p. 532.

⁴⁰ In questo senso, v. G. DI GIANDOMENICO, *Natura ed effetti della denuncia e della prelazione dei beni culturali immobili*, in *Giur. it.*, 2008, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2004, n. 6350, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 558 s.; TAR Toscana, sez. III, 13 aprile 2006, n. 1221, in *dejure.it*.

⁴¹ L.V. MOSCARINI, cit., p. 1013.

⁴² L'introduzione di un termine entro cui presentare la denuncia ha consentito di risolvere una serie di



L'art. 59, comma 4, ne specifica il contenuto, elencandone gli elementi essenziali, ossia: i dati identificativi dei beni e delle parti, compreso il domicilio in Italia, nonché la loro sottoscrizione o quella dei rispettivi rappresentanti legali; il luogo ove i beni si trovano; la natura e le condizioni dell'atto di trasferimento.

Si prevede, inoltre, una dettagliata descrizione dei soggetti gravati dall'obbligo della denuncia nonché dei destinatari della stessa. In particolare, essa deve essere presentata: dall'alienante, anche per consentire l'esercizio del diritto di prelazione, o dal cedente la detenzione; dall'acquirente, nei casi di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare ovvero in forza di una sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso; dall'erede o dal legatario.

Il soggetto destinatario è sempre il Ministero, come prevedeva l'art. 58 del Testo unico riproducendo il precedente art. 30 della l. n. 1089/1939, per il tramite però della soprintendenza competente del luogo in cui i beni si trovano. A tal riguardo, la giurisprudenza ha precisato che il termine utile per l'esercizio della prelazione decorre dal momento in cui la denuncia dell'atto traslativo pervenga al Ministero e non già da quello in cui essa venga ricevuta dalla soprintendenza del luogo in cui si trova il bene⁴⁴. Invero, nonostante la soprintendenza sia competente a ricevere la denuncia (art. 59, co. 3), nonché a darne immediata comunicazione alla Regione e agli altri enti pubblici territoriali nel cui ambito si trova il bene (art. 62, co. 1), deve attribuirsi rilievo al *dies a quo* in cui la notizia dell'alienazione sia pervenuta ufficialmente al Ministero, quale organo deputato a conoscere le vicende traslative che hanno ad oggetto beni culturali (art. 59, co. 1) e ad esercitare, in via principale, il diritto di prelazione.

Quanto alla delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo, il riferimento alla detenzione ha indotto a ritenere che l'obbligo di denuncia operi in tutti i casi di trasferimento del godimento materiale del bene sia a titolo oneroso, come nella locazione, sia a titolo gratuito, come nel comodato⁴⁵.

questioni interpretative che erano sorte durante la vigenza della l. n. 1089/1939, il cui art. 32 non prevedeva alcun limite temporale.

⁴³ In caso di successione *mortis causa*, il termine decorrerà dall'accettazione dell'eredità o dal giorno di apertura della successione, rispettivamente per l'erede e per il legatario.

⁴⁴ Cfr. Cass. civ., 22 febbraio 2008, n. 4629, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2155, e diffusamente in A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 163 s., laddove si precisa che, nonostante la Cassazione si sia pronunciata con riferimento agli artt. 30 e 32 della l. n. 1089/1939, i principi affermati in sentenza, considerato che il contenuto di tali disposizioni, ormai abrogate, è stato da ultimo quasi letteralmente trasfuso nel d.lgs. n. 42/2004, possono ritenersi estensibili anche alla normativa attuale.

⁴⁵ La previsione di cui all'art. 59 riferisce espressamente l'obbligo della denuncia ai casi nei quali venga



Tuttavia, non tutti gli atti che devono essere denunciati rappresentano il presupposto di un possibile acquisto in via di prelazione. Invero, l'art. 60 attribuisce al Ministero o, in caso di rinuncia, agli enti pubblici territoriali interessati⁴⁶ la facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali che siano stati alienati a titolo oneroso, conferiti in società, dati in permuta o in pagamento⁴⁷.

Pertanto, sulla base del combinato disposto degli artt. 59, comma 1, e 60, comma 1, è possibile ritenere che, seppur in linea generale ogni atto di trasferimento di un bene culturale debba essere denunciato al Ministero, sia consentito avvalersi del diritto di prelazione solo con riferimento agli atti traslativi a titolo oneroso⁴⁸. Restano, quindi, soggetti all'obbligo di denuncia ma non possono formare oggetto di prelazione i trasferimenti a titolo gratuito, quelli a causa di morte, nonché le ipotesi di mera detenzione⁴⁹.

In questa prospettiva, come è stato ampiamente rilevato in dottrina, emerge la *ratio* ambivalente dell'obbligo di denuncia di cui all'art. 59, che, da un lato, assume una finalità di carattere pubblicistico generale, consentendo la vigilanza e la tutela di tutti i beni culturali appartenenti a privati da parte della competente amministrazione; mentre, dall'altro lato, risulta funzionale al perseguimento di uno specifico scopo, ossia quello, limitato ai soli atti traslativi onerosi, di dar modo alla pubblica amministrazione di valutare l'opportunità di esercitare il diritto di prelazione e, quindi, di acquisire il bene nell'ambito del demanio pubblico culturale⁵⁰.

trasferita la proprietà o ceduta la detenzione del bene, senza però fare alcun cenno al trasferimento del possesso. Invero, il possesso può intendersi ricompreso nel trasferimento del diritto di proprietà o degli altri diritti reali (cfr. F. DE MARIA, *Commento all'art. 59 del d. lgs n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 280). In proposito, secondo DI GIANDOMENICO, cit., ciò che interessa, ai fini del controllo dei trasferimenti dei beni vincolati da parte della P.A., è la materiale disponibilità della cosa, non presentando alcun rilievo il possesso avulso da essa o da una situazione di giuridica appartenenza.

⁴⁶ A tal proposito, v. Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2018, n. 5671, in *dejure.it*, in cui si precisa che, a fronte della rinuncia della Soprintendenza, dovuta alla ritenuta inutilizzabilità del bene a fini istituzionali, è legittima la prelazione esercitata dal Comune, dovendosi ammettere, ai sensi dell'art. 62, co. 3, una diversa valutazione da parte dell'ente locale.

⁴⁷ Quanto alla delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo della prelazione artistica, si rinvia al par. 2.

⁴⁸ P. DE MARTINIS, cit., p. 1018.

⁴⁹ G.F. BASINI, cit., p. 464.

⁵⁰ A. MANSI, *La denuncia di trasferimento della detenzione nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, p. 124 s.; F. DE MARIA, *Commento all'art. 59 del d. lgs n. 42/2004*, cit., p. 281. In particolare, v. G. DI GIANDOMENICO, cit., secondo il quale le questioni interpretative più problematiche che si pongono con riferimento all'ambito applicativo dell'obbligo di denuncia andrebbero risolte in relazione al tipo di finalità che la norma si prefigge di realizzare.



3.1. – Qualora la denuncia sia stata omessa o sia stata effettuata tardivamente o si consideri non avvenuta, in quanto priva dei requisiti prescritti dal comma 4 dell’art. 59 o presenti indicazioni incomplete o imprecise, al Ministero continua a spettare il diritto di prelazione, che, secondo il disposto dell’art. 61, co. 2, può essere esercitato nel termine di centottanta giorni dal momento in cui abbia ricevuto la denuncia tardiva o abbia comunque acquisito tutti gli elementi prescritti dalla legge.

La previsione con la quale il legislatore ha introdotto un limite temporale all’esercizio tardivo della prelazione è del tutto nuova rispetto all’omologa del Testo unico ed è frutto di uno sforzo di adeguamento della normativa alle indicazioni di una nota sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵¹. Invero, l’art. 61 della l. n. 1089/1939, successivamente trasfuso nell’art. 135 del Testo unico, consentiva al Ministero di procedere alla prelazione senza limiti di tempo.

Così, nel caso *Beyeler c. Italia*, la Corte Edu, con riferimento al protrarsi di una situazione di irregolarità della denuncia di trasferimento di un quadro di Van Gogh, che aveva consentito l’esercizio del diritto di prelazione da parte dell’amministrazione ad anni di distanza dal momento dell’effettiva conoscenza dell’elemento mancante nella denuncia della vendita originaria tramite intermediario, ossia l’identità dell’acquirente, ha ritenuto che l’interesse patrimoniale del ricorrente rientrasse nel concetto di “bene”, tutelato ai sensi dell’art. 1, Prot. 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo⁵².

In quest’ottica, l’esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero aveva senza dubbio costituito un’illegittima interferenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi beni. In particolare, la Corte ha osservato, ribadendo quanto già affermato dalla Cassazione⁵³, che l’applicazione della normativa nazionale, consentendo che in caso di irrego-

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, con nota di A. BULTRINI, *Le vicissitudini del quadro «Il giardiniere» di Vincent Van Gogh*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 779 ss.; F.S. MARINI, *La prelazione «storico-artistica» tra illegittimità costituzionale e violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *dejure.it*. Sul punto v. anche F. FLORIAN, *Commento all’art. 61 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 294.

⁵² In particolare, si è rinvenuta una lesione del diritto di proprietà nella condotta delle autorità italiane che, pur informate nel 1983 sulla identità dell’acquirente del quadro di Van Gogh “Il giardiniere”, solo nel 1988 hanno esercitato nei suoi confronti il diritto di prelazione, alle condizioni alle quali egli, pur violando le regole sulla denuncia ai fini della prelazione artistica, acquistava il quadro nel 1977 a mezzo di mandatario, realizzando così un guadagno ingiustificato in danno del ricorrente.

⁵³ Sulla questione era già intervenuta la Corte di Cassazione (ord. 11 novembre 1993), la quale aveva rilevato come la facoltà dell’Amministrazione di potere in ogni tempo esercitare la prelazione avesse sottoposto il diritto del venditore ad una compressione costante, comportando un’incertezza permanente sulla



larità della denuncia il termine per l'esercizio della prelazione rimanesse aperto *ad libitum*, comportasse un'intollerabile incertezza e conferisse all'amministrazione un potere eccessivamente ampio, in contrasto con il principio dell'"equo bilanciamento" tra le esigenze generali della collettività, correlate alla funzione pubblica, e la necessità di salvaguardare il diritto di proprietà, quale diritto fondamentale dell'individuo⁵⁴.

La mancata denuncia o una denuncia presentata oltre il termine di trenta giorni comporta, peraltro, anche il configurarsi della fattispecie di reato di cui all'art. 173, co. 1, lett. b)⁵⁵. Tale disposizione punisce, infatti, con la reclusione e con una pena pecuniaria chiunque, essendovi tenuto, non presenti, nel termine prescritto, la denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione di beni culturali⁵⁶.

Nella prelazione artistica, a differenza delle altre ipotesi di matrice legale, all'inadempimento dell'obbligo di denuncia non segue l'attribuzione allo Stato del diritto di retratto del bene, bensì è prevista la nullità dell'atto di alienazione stipulato tra i privati. Trova, infatti, applicazione l'art. 164 del Codice che, pur facendo salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione secondo quanto stabilito dall'art. 61, comma 2, prevede che: "[L]e alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle

situazione giuridica del bene (sul punto, cfr. G. FAMIGLIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 61 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di R. Tamiozzo, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 275 s.).

⁵⁴ A. BULTRINI, cit., p. 789, sottolinea come la censura da parte della Corte Edu sia dei margini di manovra eccessivamente ampi dei quali ha potuto beneficiare l'amministrazione, conseguendone peraltro un ingiusto vantaggio, sia del contesto normativo che lo ha consentito costituisce un importante precedente, che pone all'attenzione del legislatore il problema dell'individuazione dei limiti all'eventuale arbitrio pubblico, nell'ottica di tutelare le esigenze di correttezza e trasparenza nei rapporti con il privato, la cui rilevanza trascende i confini del caso Beyeler.

⁵⁵ Con riferimento a questa ipotesi, parte della giurisprudenza ha ritenuto che gravi comunque sul privato l'obbligo di denuncia, anche qualora il trasferimento riguardi beni per i quali non sia ancora intervenuta la notifica della dichiarazione dell'interesse culturale, rinviando ad un momento successivo la verifica da parte della pubblica amministrazione circa l'effettiva sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. E ciò in quanto la *ratio* della norma incriminatrice di cui all'art. 173 andrebbe ravvisata nel preminente interesse dello Stato all'individuazione e alla tutela delle cose di interesse archeologico, storico e artistico, che si concretizza nel prevedere l'obbligo di denuncia degli atti di trasferimento che hanno ad oggetto non solo i beni del patrimonio culturale "dichiarato", ma anche quelli rientranti nel patrimonio culturale "reale" (cfr. Cass. pen., 15 febbraio 2005, n. 21400, con nota di G. Pioletti, Obbligo di denuncia del trasferimento di beni culturali, *Cass. pen.*, 2006, p. 46 ss.).

⁵⁶ V. A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 168, la quale rileva come, in tal caso, nonostante la norma identifichi l'autore della condotta con il termine "chiunque", venga in rilievo una fattispecie di reato proprio, che può essere compiuto, cioè, esclusivamente dai soggetti gravati dall'obbligo di denuncia, secondo quanto previsto dall'art. 59, co. 2.



condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli”. Laddove, quindi, la denuncia dell’atto di trasferimento si consideri non avvenuta *ex art. 59, co. 5*, o manchi del tutto, l’atto di alienazione che ne ha o che ne avrebbe formato oggetto risulta viziato per espressa previsione legislativa.

Si pone, dunque, il problema di definire i caratteri di tale ipotesi di nullità, anche nell’ottica di individuare la sussistenza di eventuali limitazioni della legittimazione ad agire. In proposito, in dottrina e in giurisprudenza sono state elaborate diverse tesi, che oscillano tra i due poli dell’invalidità e dell’inefficacia.

Così, secondo una prima ricostruzione, verrebbe in rilievo una nullità assoluta, derivante dalla violazione di una norma imperativa di matrice costituzionale, diretta ad impedire il depauperamento del patrimonio artistico nazionale⁵⁷. In particolare, tale qualificazione consentirebbe di rafforzare l’efficacia sanzionatoria sottesa all’art. 164, collocato peraltro nell’ambito del Titolo I della parte IV del Codice, dedicato alle sanzioni di carattere amministrativo, nel senso che la prelazione, che in linea generale presuppone un valido atto di trasferimento, nel caso di specie opererebbe anche in presenza di un atto nullo, proprio perché funzionale ad evitare effetti pregiudizievoli che potrebbero scaturire da una trasmissione del bene posta in essere senza il rispetto delle regole dettate per la sua circolazione.

Questo approccio interpretativo, tuttavia, non ha convinto altra parte della dottrina, secondo la quale, nonostante il riferimento testuale alla nullità, si tratterebbe di un’ipotesi di inefficacia relativa, che comporterebbe la riconduzione della fattispecie nell’ambito non della categoria dell’invalidità, bensì di quella della mera inopponibilità⁵⁸. In questa logica, nel caso di inadempimento dell’obbligo di denuncia, non essendo prevista la possibilità per lo Stato di riscattare il bene, l’atto di alienazione non sarebbe invalido, ma meramente inopponibile al soggetto pubblico prelazionario⁵⁹.

⁵⁷ In dottrina, v. M.R. COZZUTO QUADRI, *Principi costituzionali e prelazione artistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 748, in nota a Cass. civ. (ord.), sez. un., 19 marzo 1994, n. 228. Tale orientamento aveva ricevuto in precedenza l’avallo di una parte della giurisprudenza che aveva riportato nell’alveo della nullità assoluta l’ipotesi contemplata dall’art. 61, ritenendola in contrasto con norme imperative dirette ad impedire il depauperamento del patrimonio artistico nazionale (cfr. Cass. civ., 7.4.1992, n. 4200, *Foro italiano*, 1992, p. 2403).

⁵⁸ B. CARBONI, cit., p. 541; A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e riflessi sull’attività notarile*, in *Notariato*, 2005, p. 505; P. GUIDA, *Mancata osservanza delle formalità necessarie e ritrasferimento del bene culturale*, in AA.VV., *La funzione del notaio nella circolazione dei beni culturali. Atti del Convegno. Ferrara 21-22 aprile 2012*, in *fondazionenotariato.it*.

⁵⁹ Cosicché, durante il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia, il contratto concluso tra le parti resterebbe, come previsto dalla legge, sospensivamente condizionato all’esercizio del diritto



A ben guardare, però, rimanendo aderenti al dato testuale di cui all'art. 164, che, al comma 2, fa salva la possibilità dello Stato di avvalersi del diritto di prelazione entro il termine di centottanta giorni previsto per l'esercizio tardivo, si rileva come la nullità, nel caso di specie, sembri preordinata alla tutela dell'esclusivo interesse pubblico alla conservazione e al controllo delle vicende traslative dei beni culturali. In questa prospettiva, emerge con chiarezza il carattere della relatività dell'azione, la quale, pur non risultando espressamente dalla legge, si deve ritenere spetti alla sola autorità amministrativa⁶⁰.

L'inquadramento di tale ipotesi in termini di nullità relativa, con la conseguente limitazione della legittimazione ad agire in capo al Ministero, soggetto terzo rispetto al contratto viziato e depositario dell'interesse generale posto a monte della comminatoria, appare del tutto svincolato dalla logica protettiva del contraente debole. Infatti, il carattere della relatività, lungi dall'essere legato ad una posizione di debolezza o asimmetria contrattuale, risulta, in questo caso, funzionale a garantire la conservazione del contratto. In altri termini, il soggetto legittimato a far valere la nullità, in tale ipotesi, è quello che, secondo la valutazione della situazione complessiva⁶¹, emerge come l'unico in grado di verificare se la lesione dell'interesse generale si sia in concreto realizzata e di optare, in caso contrario, per la conservazione del contratto⁶².

Così, laddove l'atto di alienazione sia nullo, si deve ritenere che il Ministero, sulla base del combinato disposto tra l'art. 164, co. 2, e l'art. 61, co. 2, possa o avvalersi del

to di prelazione; mentre, l'omissione della denuncia determinerebbe la sottoposizione del contratto ad una condizione risolutiva *ex lege*, destinata a incidere sull'efficacia relativa dello stesso, qualora l'amministrazione eserciti il diritto di prelazione entro l'ulteriore termine di centottanta giorni (cfr. B. CARBONI, cit., p. 541).

⁶⁰ In questo senso, v. M. D'ORAZI, cit., p. 189, e V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in *Beni culturali e Comunità europea*, a cura di M.P. Chiti, Giuffrè, Milano, 1994, p. 19, in relazione alle previsioni contenute, rispettivamente, nella l. n. 364/1909 e nella l. n. 1089/1939. Con riferimento alla disciplina attuale, v. G. CASU, *Il nuovo Codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, p. 209. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. II, 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, 2006, p. 1880, la quale ha, peraltro, escluso, trattandosi di nullità relativa, la rilevabilità d'ufficio della stessa; Cass. civ., 12 ottobre 1998, n. 10083, *Foro it.*, 1999, p. 126; Cass. civ., 26 aprile 1991, n. 4559, in *dejure.it*; Cass. civ., 12 giugno 1990, n. 5688, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 24 novembre 1989, n. 5070, in *dejure.it*.

⁶¹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 480.

⁶² V. A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 340 ss., secondo la quale l'attribuzione della legittimazione ad intentare l'azione di nullità ad un soggetto determinato può, in certi casi, caratterizzare nullità poste a presidio di norme attraverso le quali il controllo sull'autonomia privata persegue la tutela dell'interesse pubblico, senza la mediazione della protezione del soggetto debole.



diritto di prelazione o esercitare l'azione di nullità entro il medesimo termine, ossia centottanta giorni decorrenti dal momento in cui ha acquisito gli elementi costitutivi della denuncia. In questa logica, si può presumere che, qualora il soggetto pubblico decida di optare per l'esercizio della prelazione, come anche nel caso in cui sia decorso il termine per far valere la nullità, ricorra la volontà di conservare il contratto, stabilizzandone gli effetti.

Pertanto, si configura un congegno che, essendo fondato, per un verso, sulla legittimazione relativa dell'azione di nullità e, per altro verso, sulla facoltà comunque concessa allo Stato di avvalersi della prelazione, pare assimilabile, sul piano degli effetti che ne conseguono, al diritto di retratto delineato con riferimento alle altre ipotesi di matrice legale. Ciò induce a ritenere che, *ex art.* 164, co. 2, rilevi, in capo al soggetto prelazionario, il diritto di avvalersi della tutela reale apprestata dal legislatore, insinuandosi nell'atto stipulato tra i privati e attivando un meccanismo procedimentalizzato, a conclusione del quale gli sarà concesso di ottenere il trasferimento della proprietà del bene, riscattandolo dal terzo acquirente⁶³.

4. – 4.1. – Sulla natura della prelazione artistica si è a lungo discusso, in quanto tale figura presenta connotati peculiari, che non ne rendono agevole l'inquadramento né in un'ottica strettamente privatistica, alla stregua delle altre ipotesi di prelazione legale, né in una prospettiva tecnicamente pubblicistica, riconducendola nell'alveo degli atti amministrativi, finanche di carattere ablatorio.

Considerato che la fonte della prelazione artistica va ravvisata nella legge, in quanto le previsioni normative, di cui agli artt. 60 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la contemplano espressamente, è, pertanto, inevitabile accostarla, al fine di individuarne la natura giuridica, alle altre figure di matrice legale, quali ad esempio: la prelazione ereditaria, che spetta ad ogni coerede per l'acquisto delle quote degli altri, *ex art.* 732 cod. civ.; la prelazione agraria, che compete al coltivatore diretto, affittuario del fondo o ad esso confinante, per l'acquisto dello stesso, ai sensi dell'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, e dell'art. 7 della l. 14 agosto 1971, n. 817; la prelazione attribuita al conduttore di immobili urbani rispettivamente destinati ad un utilizzo abitativo, *ex art.*

⁶³ In questo senso, v. M. PLASMATI, *La negoziazione dei beni culturali*, in *Contr. impr.*, 2007, pp. 790 s., secondo il quale il Codice dei beni culturali non consentirebbe l'esercizio tardivo della prelazione, bensì attribuirebbe allo Stato il diritto di riscattare il bene dall'acquirente, al pari delle altre ipotesi di retratto di matrice legale.



3, co. 1, lett. g, della l. 9 dicembre 1998, n. 431, e non abitativo, ex art. 38 della l. 27 luglio 1978, n. 392 per l'acquisto del bene che forma oggetto di locazione⁶⁴.

Tuttavia, come la dottrina ha da tempo rilevato, nonostante tale figura rientri tra le ipotesi di prelazione legale, se ne differenzerebbe per una serie di aspetti⁶⁵.

In primo luogo, mentre negli altri casi la notifica dell'intenzione di concludere il contratto precede la stipula dello stesso, con riferimento alla prelazione artistica si prevede prima la conclusione del contratto di alienazione tra i privati e, solo successivamente, la relativa notifica⁶⁶. Pertanto, nelle altre prelazioni legali la dichiarazione del terzo di volerne profittare si inserisce in una fase prodromica alla conclusione del contratto di trasferimento; viceversa, in questo caso, è l'avvenuta stipula del contratto che costituisce presupposto per l'esercizio della prelazione da parte dello Stato⁶⁷.

In secondo luogo, nelle altre prelazioni legali è sempre riscontrabile una sorta di contiguità tra l'alienante e il terzo prelazionario, che alcune volte è di tipo giuridico, come avviene tra i coeredi, titolari *pro quota* del medesimo diritto degli altri, o tra il conduttore e il locatore, mentre altre volte è meramente fattuale, come tra i proprietari di fondi confinanti⁶⁸.

Un ulteriore profilo di distinzione risiederebbe, inoltre, nella mancanza di uno dei requisiti essenziali delle altre ipotesi di matrice legale, ossia la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico⁶⁹, che nella prelazione artistica pare non assumere alcuna importanza⁷⁰ o presentare al più un rilievo limitato⁷¹. In particolare, nonostante l'art. 60 del Codice preveda l'acquisto da parte del soggetto pubblico "al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione", ricorrono al-

⁶⁴ A tali figure di prelazione legale, senza alcuna pretesa di completezza, se ne aggiungono altre, meno note e indagate, previste in caso di: contratto di somministrazione, a favore del somministrante, nell'ipotesi della stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto (art. 1566 cod. civ.); divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda, a favore dei partecipi all'impresa familiare (art. 230 *bis*, co. 5, cod. civ.); brevetto per invenzione industriale, in relazione alle invenzioni del lavoratore e a favore dell'imprenditore (art. 24 r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, con successive modifiche e integrazioni); acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni, rimaste non optate, a favore di coloro che hanno esercitato il diritto di opzione (art. 2441, co. 3, cod. civ.).

⁶⁵ G. PIVA, cit., p. 107.

⁶⁶ G.F. BASINI, cit., p. 466.

⁶⁷ P. DE MARTINIS, cit., p. 1016.

⁶⁸ G.F. BASINI, cit., p. 466.

⁶⁹ L.V. MOSCARINI, cit., p. 981.

⁷⁰ In tal senso v. P. GUIDA, cit., *passim*.

⁷¹ Tale scelta potrebbe trovare giustificazione nell'esigenza di tutela degli interessi pubblici di rango costituzionale che la normativa è volta a soddisfare, attinenti alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio artistico e culturale, cfr. Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, in *dejure.it*.



tri indici sistematici sulla base dei quali la disciplina che regola la prelazione artistica non richiederebbe la parità di condizioni. Tra questi, in primo luogo, rileva il comma 2 della suddetta previsione, che consente la determinazione autoritativa del prezzo da parte del Ministro, nell'ipotesi di prelazione esercitata su alcuni dei beni alienati⁷².

A ciò si aggiunga, quale ulteriore elemento a supporto di tale ricostruzione, quello desunto dalla formulazione testuale dell'art. 61, co. 5, del Codice, ai sensi del quale le clausole del contratto traslativo stipulato tra i privati "non vincolano lo Stato", da cui si trae la mancata surrogazione del soggetto prelazionario nella posizione dell'acquirente⁷³. Inoltre, altri aspetti che non appaiono compatibili con il requisito della parità di condizioni si ravvisano nella possibilità di esercitare la prelazione anche quando il corrispettivo convenuto tra privati non sia in denaro, come nel caso della permuta, e nella sottoposizione al vincolo della prelazione artistica degli atti di conferimento di beni culturali in società, restandone sacrificato un elemento sovente fondamentale in tali contratti, ossia l'*intuitu personae*⁷⁴.

Infine, un'altra differenza riguarderebbe le conseguenze previste nel caso in cui il prelazionario non sia messo nelle condizioni di poter esercitare il suo diritto. Infatti, mentre nelle prelazioni legali gode di una tutela reale attraverso il diritto di retratto, in questo caso al mancato rispetto dell'obbligo di denuncia corrisponde la nullità del contratto tra privati, che però non incide in alcun modo, se non attraverso l'imposizione di un limite temporale entro cui esercitarlo, sulla sussistenza del diritto di prelazione, che continua a spettare al soggetto pubblico.

Così delineato il quadro dei profili distintivi tra la prelazione artistica e le altre ipotesi di matrice legale, parte della dottrina e della giurisprudenza si è, ormai da tempo, orientata nel senso di accogliere la tesi della natura pubblicistica della determinazione acquisitiva del bene da parte dell'amministrazione. In particolare, si ritiene che l'atto di esercizio della prelazione debba farsi rientrare tra gli atti amministrativi unilaterali ad effetti bilaterali⁷⁵ ovvero sia qualificabile in termini di atto di appropriazione da parte dello Stato o di provvedimento autoritativo di natura amministrativa, in quanto manifestazione del potere ablatorio pubblico⁷⁶.

⁷² Si tenga presente che il comma 2 dell'art. 60 è stato modificato dal Testo unico n. 490/1999, che ha sostituito al termine "prezzo" quello di "valore economico".

⁷³ Lo rileva G. PIVA, cit., p. 107, pur riferendosi alla normativa precedente di cui all'art. 31, co. 2, l. n. 1089/1939.

⁷⁴ G.F. BASINI, cit., pp. 466 s.

⁷⁵ G. PIVA, cit., p. 108; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 185.

⁷⁶ In dottrina, v. A. LEPRI, *Prelazione: totale, parziale, determinazione del prezzo, dazione in pagamento*,



Il carattere pubblicistico della prelazione artistica è destinato a riflettersi sulla natura giuridica di tutti gli altri atti attraverso i quali l'interesse pubblico viene soddisfatto. Così, la denuncia di trasferimento, lungi dall'assumere una connotazione negoziale, viene intesa in termini di comunicazione dell'avvenuta stipula dell'atto di alienazione *inter alios* e, in questa logica, si ritiene sostituisca l'avviso relativo all'avvio del procedimento amministrativo⁷⁷.

In quest'ottica, l'esercizio della prelazione che esita nell'adozione del provvedimento non viene ricondotto allo schema del diritto potestativo, bensì a quello della potestà, quale espressione di discrezionalità pubblica⁷⁸, con la conseguente applicazione delle regole che disciplinano gli atti amministrativi, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione⁷⁹. Ne consegue che i privati, a fronte dell'esercizio della potestà dell'amministrazione, non si trovino tecnicamente in una situazione di soggezione⁸⁰, ma siano titolari di un interesse legittimo oppositivo⁸¹, funzionale a proteggerli dall'illegittima privazione del bene.

in AA.VV., *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità. Atti del Convegno. Firenze, 12 dicembre 2009*, Milano, 2010, p. 53; P. DE MARTINIS, cit., p. 1015 s.; A. VENDITTI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni*, in *Notariato*, 2004, p. 309. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 21 agosto 1962, n. 2613, in *Giust. civ.*, 1963, p. 324, laddove si afferma che: "il diritto di prelazione artistica ha una configurazione giuridica propria che si differenzia dalla prelazione legale in quanto in quella legale il soggetto attivo, esercitando il suo diritto, si pone in rapporto contrattuale con il soggetto passivo, surrogandosi all'acquirente originario; nella prelazione artistica, invece, lo Stato agisce per il conseguimento di un interesse pubblico (*recitius* interesse generale) esplicando un potere di supremazia: dunque il trasferimento del bene si realizza per effetto di una manifestazione della potestà di imperio dello Stato". Tra gli arresti più recenti, v. Cons. Stato, 30 luglio 2018, n. 4667, in *dejure.it*; Tar Trentino Alto Adige, 10 settembre 2019, n. 203, in *dejure.it*.

⁷⁷ In questo senso v. TAR Toscana, sez. III, 13 aprile 2006, n. 1221, cit. A tal proposito, G. Di Giandomenico, cit., rileva come la denuncia di trasferimento non sia idonea a tutelare il proprietario, tanto quanto lo sarebbe un vero e proprio avviso di avvio del procedimento amministrativo. Invero, perché si possa attuare un'adeguata ponderazione degli interessi contrapposti, il privato alienante e il terzo acquirente dovrebbero essere messi nella condizione di poter apportare le proprie argomentazioni anche in merito all'uso che l'amministrazione intende fare del bene acquistato. In questo senso, v. Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2004, n. 6350, cit., in cui si afferma l'illegittimità del procedimento di prelazione nel caso in cui non sia stato comunicato alle parti l'avvio della compravendita.

⁷⁸ V. G.F. BASINI, cit., p. 467, il quale precisa che lo strumento con cui il soggetto pubblico acquista il bene non possa qualificarsi in termini contrattuali.

⁷⁹ In tal senso, v. Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, cit., nella quale si ritiene che tutte le controversie relative all'esercizio del diritto di prelazione rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle concernenti la tempestività dell'esercizio di tale diritto e la sussistenza di un'idonea copertura finanziaria per il suo esercizio.

⁸⁰ La posizione giuridica soggettiva dei privati è, invece, qualificata in termini di soggezione da Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2010, n. 10619, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 662.

⁸¹ Cass. civ., 1 aprile 2020, n. 7643, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2018, n. 5097, in *dejure.it*.



4.1.1. – Nell’ambito dell’orientamento interpretativo che accoglie la tesi della natura pubblicistica dell’atto di esercizio della prelazione artistica, non si concorda sulla sua riconducibilità nella categoria dei trasferimenti di carattere coattivo.

Invero, partendo da un *iter* argomentativo condiviso, solo parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che, venendo in rilievo una potestà pubblica e non un diritto potestativo, il relativo atto di esercizio da parte dell’amministrazione dovrebbe essere accostato all’istituto affine dell’espropriazione per pubblica utilità e, specificamente, alla fattispecie avente ad oggetto beni culturali di cui agli artt. 95 ss. del Codice⁸². E ciò in quanto, nella prelazione artistica, il trasferimento del bene si verificherebbe automaticamente, in virtù dell’atto di imperio dello Stato, senza che rilevi l’apporto partecipativo volontario dell’alienante, titolare del diritto di proprietà⁸³.

Così, mentre la tipica prelazione legale si attua sempre attraverso la conclusione di un contratto, che rappresenta il titolo giustificativo dell’acquisizione della titolarità del diritto in capo al prelazionario, ciò non avverrebbe nella prelazione artistica, in cui lo Stato agirebbe in forza di un proprio atto autoritativo, senza subentrare nella posizione contrattuale dell’acquirente, ma instaurando un rapporto diretto con il bene, del quale acquista la proprietà a seguito della manifestazione di un’autonoma determinazione volitiva. Pertanto, nel caso di specie, verrebbe a crearsi un rapporto giuridico bilaterale integrante

⁸² In dottrina, v., tra gli altri, C. ROSSANO, *Prelazione dello Stato sulle cose di interesse artistico e storico*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, cit., pp. 520 s., secondo il quale i beni di interesse storico e artistico, anche senza rappresentare un *tertium genus* tra beni pubblici e privati, dovrebbero essere qualificati di interesse pubblico, considerate le finalità alle quali assolvono, e, per questo, assoggettati ad una serie di limiti che si sostanziano nell’attribuzione alla P.A. di veri e propri *poteri in rem*. In altre parole, sulla base di tale ricostruzione, verrebbero in rilievo diritti parziali su beni altrui, rientranti nella figura delle servitù di uso pubblico. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 706, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 1 luglio 1992, n. 8079, in *Giur. it.*, 1993, p. 812, con nota di C. De Mare; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 1991, n. 58, in *dejure.it*; Cons. Stato, 10 giugno 1987, n. 400, cit., secondo cui la prelazione artistica non opera alla stregua dell’omonimo istituto civilistico, sempre collegato ad una proposta di alienazione, ma “costituisce espressione di un potere di acquisizione coattiva delle cose di interesse storico ed artistico di proprietà di privati, da esercitarsi in occasione di negozi di trasferimento delle proprietà medesime, sicché il provvedimento con cui in concreto si esercita la prelazione deve essere ricondotto alla più generale categoria degli atti ablatori”; Cass. civ., 17 gennaio 1985, n. 117, in *dejure.it*; Cass. civ., 8 febbraio 1982, n. 720, in *dejure.it*.

⁸³ Un altro aspetto che accomuna la prelazione artistica all’espropriazione culturale *ex art. 95* del Codice risiede nel fatto che entrambi gli istituti possono avere ad oggetto solo cose immobili e mobili che, a seguito di un pregresso riconoscimento del loro interesse “artistico, storico, archeologico o etnoantropologico”, possano formalmente qualificarsi in termini di “beni culturali”; in ciò differenziandosi dal c.d. acquisto all’esportazione che, ai sensi dell’art. 70 del Codice, può riguardare anche oggetti che, al momento della loro presentazione agli uffici di esportazione, presentino ancora lo stato giuridico di mere “cose”, nel senso in cui tale termine è comunemente utilizzato dal legislatore.



una vendita coattiva, da ricondurre alla categoria degli atti espropriativi in senso lato⁸⁴.

Tale inquadramento, tuttavia, si è prestato ad una serie di rilievi critici, da parte sia di quell'avveduta dottrina secondo la quale l'acquisto effettuato mediante l'esercizio della prelazione artistica conseguirebbe sempre ad una vendita volontaria⁸⁵ sia di quella giurisprudenza che ritiene inammissibile la comparazione tra le procedure ablativie connesse alla tutela dei beni culturali e le ordinarie procedure espropriative⁸⁶.

In quest'ottica, l'atto di esercizio della prelazione si differenzerebbe dalle modalità di acquisto coattivo previste dal Codice, rappresentate dall'espropriazione e dall'acquisto all'uscita dal territorio nazionale, in quanto collegato all'iniziativa negoziale del proprietario⁸⁷. Così, la prelazione artistica non sarebbe destinata ad operare qualora manchi la volontà della parte privata di alienare il bene culturale, che, rappresentando il presupposto per l'esercizio della stessa, ne impedirebbe l'accostamento alle figure di carattere espropriativo.

A ciò si aggiunga la difficoltà di assimilare il prezzo dovuto dallo Stato, a seguito dell'acquisto del bene in via di prelazione, all'indennizzo di esproprio. A tal riguardo, se è vero che il comma 2 dell'art. 60 prevede, nel caso in cui il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o ceduto senza indicazione del prezzo o dato in permuta, che il valore economico venga determinato d'ufficio dal soggetto pubblico, è anche vero che l'alienante, qualora non condivide la determinazione ministeriale, vi si può opporre. In particolare, il legislatore del Codice, pur riproducendo quasi pedissequamente la formulazione testuale del precedente art. 59 del Testo unico, ha introdotto, *ex art. 60, co. 3*, la possibilità di rimettere la valutazione del prezzo ad un terzo, designato concordemente dall'alienante e dal soggetto prelazionario⁸⁸.

Il ricorso allo strumento privatistico della determinazione del terzo, ossia di un soggetto scelto dalle parti di comune accordo, ma estraneo alla vicenda, che, ai sensi

⁸⁴ C. ROSSANO, cit., p. 521; S. IVALD, *La prelazione artistica: manifestazione di un tipo peculiare di prelazione legale nell'esperienza italiana e in quella francese*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 523.

⁸⁵ S. PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, in *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Giuffrè, Milano, 2008, p. 106; G. PIVA, cit., p. 107.

⁸⁶ Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, cit.; da ultimo, v. Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, cit.

⁸⁷ In questo senso, v. N. ASSINI-G. CORDINI, cit., p. 150; G. FAMIGLIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs n. 42/2004*, cit., p. 271; D. CHINELLO, *La prelazione della P.A. in caso di alienazione di beni culturali*, in *Imm. propr.*, 2005, p. 389.

⁸⁸ A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., pp. 173 s.



dell'art. 1349 cod. civ., procederà con equo apprezzamento alla quantificazione del prezzo, consente di supportare ulteriormente l'idea secondo la quale la prelazione artistica non possa essere ricondotta nella categoria dei trasferimenti di natura coattiva e, specificamente, tra le procedure espropriative, connotate, invece, dalla determinazione unilaterale dell'indennizzo da parte della pubblica amministrazione.

4.2. – A fronte dell'affermarsi della ricostruzione in chiave pubblicistica della prelazione artistica, merita di essere segnalato l'autorevole e, per certi versi, condivisibile tentativo di ricondurla allo schema negoziale.

In primo luogo, parte della dottrina contesta l'assunto secondo cui tale figura, per poter essere qualificata in termini di prelazione legale, debba avere, come aspetto caratterizzante, la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico, con la conseguente surrogazione di quest'ultimo nella posizione del primo. In particolare, si osserva come, nella maggior parte delle ipotesi di prelazione di matrice legale, non siano richieste né la previa individuazione di un terzo acquirente né l'instaurazione di un accordo tra le parti⁸⁹. Si pensi, ad esempio, alla prelazione concessa al conduttore, ai sensi dell'art. 38 l. n. 392/1978, sulla base della quale il locatore è tenuto a dare comunicazione del mero intendimento di trasferire il bene locato ad altri.

Pertanto, anche nei casi nei quali la denuncia obblighi l'alienante alla trasmissione di un contratto, come nella prelazione agraria in cui il proprietario deve notificare al coltivatore la proposta di alienazione, trasmettendogli il preliminare di compravendita, ex art. 8, co. 4, l. n. 590/1965, si ritiene che si tratti di prescrizioni aventi lo scopo di comunicare le condizioni alle quali l'alienante intende trasferire il bene, senza che da ciò derivi la possibilità di opporre al soggetto prelazionario le specifiche clausole del contratto stipulato con il terzo. Pertanto, anche qualora sussista un accordo con il terzo acquirente, il prelazionario instaurerebbe comunque con l'alienante un rapporto di tipo originario, senza che rilevi alcuna surrogazione.

Così, anche nella prelazione artistica non sembra ricorrere una fattispecie surrogatoria, in quanto l'esercizio della stessa nei termini previsti, che comporta il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione, libera i contraenti dalle rispettive obbligazioni, consentendo all'alienante di rivolgersi al soggetto pubblico. In questo caso, il rappor-

⁸⁹B. CARBONI, cit., p. 535 ss.



to tra alienante e prelazionario, al pari di ciò che avviene nelle altre ipotesi di prelazione legale, appare del tutto autonomo rispetto al preesistente negozio stipulato con il terzo acquirente⁹⁰.

In tale prospettiva, la denuncia di trasferimento, quale obbligo imposto all'alienante di offrire previamente l'acquisto del bene allo Stato, pare potersi assimilare, al pari di ciò che avviene negli altri casi di prelazione legale, ad una proposta contrattuale⁹¹.

Da qui il tentativo di ricostruire anche l'atto di esercizio della prelazione in chiave privatistica, alla luce di un ulteriore indice sistematico, che nella disciplina vigente è stato espressamente contemplato dalla previsione di cui all'art. 61, co. 3, del Codice, secondo cui il provvedimento con cui l'amministrazione esercita tale diritto deve essere notificato all'alienante e all'acquirente e la proprietà del bene passa allo Stato a partire dalla data dell'ultima notifica. Così, si ritiene che, affinché la determinazione volitiva dell'amministrazione produca l'effetto traslativo, sia necessario che essa venga ritualmente portata a conoscenza del soggetto proponente⁹². In altri termini, se l'atto di esercizio della prelazione ha natura recettizia anche quando il diritto venga esercitato dallo Stato, allora, secondo tale ricostruzione, nella fattispecie in esame ricorrerebbe il medesimo meccanismo negoziale rilevabile nelle altre ipotesi di matrice legale. In particolare, l'adozione del provvedimento con cui l'amministrazione esercita la prelazione, che qualora si tratti di beni immobili rappresenta il titolo necessario per la trascrizione, in questo schema, si ridurrebbe ad una mera accettazione della proposta contrattuale formulata dall'alienante tramite la denuncia di trasferimento.

Pertanto, nel caso di specie, non verrebbe in rilievo un potere d'imperio, bensì l'esercizio di un diritto dalla legge riservato al soggetto pubblico, il quale non pone in essere alcuna attività di natura ablatoria, limitandosi a prestare il proprio consenso all'alienazione del bene culturale⁹³.

4.3. – Il problema dell'individuazione della natura giuridica della prelazione artistica, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina applicabile nonché di

⁹⁰ B. CARBONI, cit., p. 537.

⁹¹ L. V. MOSCARINI, cit., p. 1013.

⁹² Si tenga presente che nello stesso senso si interpretava l'art. 32 della l. n. 1089/1939, il cui comma 3 prevedeva che la proprietà passasse allo Stato "dalla data del provvedimento col quale è esercitata la prelazione".

⁹³ B. CARBONI, cit., pp. 534 s.



tutela giurisdizionale, oggi non può più essere affrontato attraverso la mera alternativa pubblico – privato.

Invero, alla luce del progressivo emergere di ambiti di contatto tra diritto privato e diritto pubblico, destinati a interagire creando momenti di coesistenza e di confronto, sorge la necessità di abbandonare schemi rigidi e partizioni limitanti, per inquadrare i profili che caratterizzano la fattispecie in un’ottica funzionale, attenta ai reali interessi in gioco⁹⁴. In altri termini, si tratta di accedere all’idea, ormai pienamente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza nonché palesata nelle scelte del legislatore, secondo la quale esisterebbe un “terzo spazio” di rilevanza giuridica, nel cui ambito ricondurre quelle relazioni tra i privati e lo Stato che non possono qualificarsi esclusivamente né in termini contrattuali né alla stregua di attività amministrative discrezionali, ma che invece assumono una natura ibrida⁹⁵.

Proprio con riferimento alla prelazione artistica, è dato constatare come rilevi un’alternanza di momenti privatistico – negoziali e pubblicistico – provvedimentali⁹⁶, nessuno dei quali però merita di essere trascurato o ridimensionato, a vantaggio di una qualificazione netta della fattispecie ma eccessivamente semplificante. Si tratta, infatti, di una figura che, a ben guardare, si colloca in una zona di confine, il cui fondamento eminentemente pubblicistico non pare argomento sufficiente per escluderne l’assimilazione ad uno strumento consensuale, quale è, peraltro, considerata tradizionalmente la prelazione legale⁹⁷.

⁹⁴ In tal senso, v. S. PUGLIATTI, in *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, Esi, Napoli, 2017, p. 199 ss. e spec. 227 s., il quale, già negli anni ‘70 del secolo scorso, affermava, partendo dal superamento delle classificazioni generiche e adottando un approccio metodologico analitico, che la coesistenza del diritto amministrativo e del diritto privato costituissero una fenomenologia ben più ampia e rilevante di quanto potesse sembrare.

⁹⁵ Sull’esistenza di istituti caratterizzati da un’intrinseca complessità e non qualificabili in armonia con il contesto in cui sono collocate, v. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 720 ss. e spec. p. 744.

⁹⁶ L.V. MOSCARINI, cit., p. 1012 s.

⁹⁷ V. G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 26 ss., il quale riteneva, con riferimento alla prelazione contemplata dalla l. n. 1089/1939, che si trattasse di una fattispecie peculiare, la cui portata non poteva essere intesa attraverso un’interpretazione rigorosamente unilaterale. In quest’ottica, essa sembrava non prestarsi ad una qualificazione in termini di procedimento ablatorio, per poter essere più opportunamente ricondotta, considerata la necessità che si realizzasse il presupposto costituito dall’iniziativa privata, nello schema logico della prelazione legale. Si propendeva, dunque, per una visione mista, fondata sull’idea che su un procedimento privato se ne innestasse uno di natura amministrativa, che finiva, in conseguenza alla *ratio* pubblicistica dei poteri acquisitivi riconosciuti allo Stato, per condizionarne modalità ed effetti giuridici.



Così, se, in tempi meno recenti, la tesi della natura pubblicistica trovava giustificazione nella posizione di superiorità che lo Stato assumeva nella relazione con il privato, esercitando il proprio potere esclusivamente in forma individuale, oggi questo approccio risulta, per certi versi, anacronistico⁹⁸. Cioè, la prelazione artistica interviene in un rapporto che il privato instaura con il soggetto pubblico, quale ente esponenziale dell'intera collettività, che, pur restando asimmetrico, nasce e si sviluppa in un contesto tendenzialmente paritario⁹⁹. In altri termini, non può ritenersi che l'amministrazione, nell'avvalersi della prelazione, eserciti un potere speciale, ma semmai che rilevi la procedimentalizzazione dell'esercizio di un potere di cui è essa titolare, alla stessa stregua dei privati, in base alla sua autonomia negoziale¹⁰⁰.

In questa logica, l'amministrazione, per perseguire l'interesse pubblico, anziché porre in essere un'attività autoritativa, sceglie di avvalersi di uno strumento, che, pur non potendosi assimilare tecnicamente al contratto, presenta comunque la natura di un negozio giuridico¹⁰¹.

⁹⁸ L'originaria elaborazione teorica del negozio si colloca in un contesto storico caratterizzato dalla contrapposizione tra l'individuo e lo Stato, che si traduce in una dialettica binaria tra i due poli opposti, rappresentati, da un lato, dalla libertà e dall'autonomia del singolo e, dall'altro, dalle esigenze e dalle prerogative dell'autorità statale (sul punto, v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2001, p. 54). Per la ricostruzione dell'evoluzione storica dei rapporti tra Stato e privato, v. V. ROPPO, *Negozio giuridico, Stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio giuridico e teoria dell'atto amministrativo*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 201 ss.

⁹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 20, rileva, peraltro, come emerga già dal sistema costituzionale, corroborato dal diritto europeo, una concezione fondata su un'idea di amministrazione paritaria, nella quale l'esercizio dei poteri autoritativi, che corrisponde all'eccezione e non alla regola, è circoscritto ai casi espressamente previsti dalla legge, a loro volta limitati dalla stretta necessità.

¹⁰⁰ Sulla capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici, v. S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 139 ss. In proposito, v. anche C. CASTRONOVO, cit., pp. 665 s., il quale, adottando una prospettiva, in cui la responsabilità rappresenta il momento emblematico del passaggio da una logica di diritto pubblico a una di diritto privato, osserva come l'autonomia, intesa come potere di modellare il rapporto che l'amministrazione accetta di esercitare insieme al soggetto privato, diventi il "luogo di elezione di una pur parziale civilizzazione della prima, nella quale il principio di autorità cede a quello di solidarietà e il rapporto nasce all'insegna della collaborazione, come modo il più congruo per evitare la perniciosa responsabilità".

¹⁰¹ Sull'adozione del modello negoziale in ambito pubblicistico, v. A. NERVI, *Profili strutturali degli accordi ex artt. 11 e 15 legge 241/90*, in F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 14, Esi, Napoli, 2019, p. 47 ss., il quale osserva come oggi si apra dinanzi al giurista contemporaneo uno scenario rinnovato, in cui il rapporto tra polo pubblico e polo privato si è arricchito di contenuti molteplici, segnando un profondo mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale. In particolare, alla luce della recente evoluzione dell'or-



E ciò, in primo luogo, in quanto è evidente come il trasferimento del bene in capo al prelazionario derivi sempre da una vendita volontaria¹⁰², in cui l'alienante, che continua a godere, come nelle altre ipotesi di prelazione di matrice legale, della libertà di contrarre, è solo vincolato, per legge, in rapporto alla scelta dell'acquirente. Peraltro, anche in questo caso, si tratta di un vincolo destinato a venir meno qualora lo Stato non eserciti il diritto di prelazione¹⁰³.

Pertanto, il procedimento che può sfociare nell'acquisto della proprietà da parte del soggetto pubblico trae origine da un atto del privato, quale è la denuncia di trasferimento di cui all'art. 59 del Codice dei beni culturali, assimilabile, al pari di ciò che avviene nelle altre ipotesi di prelazione legale, ad una proposta contrattuale. In particolare, così come previsto dall'art. 38, co. 2, l. n. 392/1978, con riferimento alle modalità attraverso le quali deve effettuarsi la denuncia al conduttore di immobile destinato ad uso commerciale, essa consiste nell'indicazione degli elementi essenziali, tassativamente indicati dalla legge, del contratto di alienazione¹⁰⁴ ed è diretta a consentire all'amministrazione di esercitare il diritto di prelazione.

In modo non dissimile da quella del conduttore o del coerede, la denuncia rappresenta, quindi, l'atto con cui l'alienante manifesta la sua volontà di trasferire ad altri il bene, con la conseguenza che, qualora manchi o si consideri come non avvenuta, in quanto risulti priva degli elementi richiesti o presenti informazioni incomplete o imprecise, sarà preclusa al soggetto pubblico, una volta che sia decorso anche il termine previsto per l'esercizio tardivo ex art. 61, co. 2, del Codice, la possibilità di attivarsi per l'acquisto¹⁰⁵.

Se alla denuncia non segue alcuna iniziativa dello Stato, la proprietà del bene passerà all'acquirente automaticamente, allo scadere del termine di sessanta giorni¹⁰⁶, pendente il quale l'art. 61, co. 4, espressamente stabilisce una sospensione dell'efficacia dell'atto

dinamento giuridico, si assiste ad un recupero della negoziabilità, a seguito del diffondersi e del consolidarsi di strumenti operativi di natura consensuale, per la cui qualificazione in un'ottica sistematica non è possibile fare riferimento solo alla nozione di contratto.

¹⁰² In questo senso, v. Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, cit.

¹⁰³ S. PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, cit., p. 106.

¹⁰⁴ Invero, la denuncia non consiste necessariamente nella trasmissione del contratto preliminare, come previsto nella prelazione agraria, ex art. 8 l. n. 590/1965.

¹⁰⁵ B. CARBONI, cit., p. 533.

¹⁰⁶ Il diritto di prelazione, ai sensi dell'art. 61, co. 1, può essere esercitato nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data di presentazione della denuncia da parte del soggetto alienante, non rivestendo alcuna rilevanza qualsiasi altra fonte da cui ne abbia tratto conoscenza. In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, con riferimento all'interpretazione delle previsioni di cui agli artt. 30 e 32 della l. n. 1089/1939 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 1489, in *dejure.it*).



di alienazione¹⁰⁷. Qualora, invece, l'amministrazione decida di accogliere la proposta formulata dall'alienante, adotterà un provvedimento acquisitivo della proprietà del bene, destinato a produrre effetti corrispondenti a quelli dell'atto di alienazione già concluso, ma sospensivamente condizionato. In questa ipotesi, è evidente come il soggetto pubblico si muova in un contesto paritario, in cui gli è riconosciuta, *ex art. 60, co. 1, del Codice*, la facoltà di acquistare in via di prelazione il bene culturale "al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento"¹⁰⁸. Si riscontra, quindi, la sussistenza di uno scambio, connotato, tendenzialmente, dalla parità tra le condizioni offerte dal terzo acquirente e quelle alle quali è ammesso a contrattare il soggetto pubblico prelazionario, che non pare concepito per essere destinato ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dell'alienante, comprimendo la sua libertà di disposizione ovvero alterando il risultato economico che deriva dall'atto di alienazione. Non sembra, peraltro, presentare alcuna rilevanza, con riferimento alla fondatezza di tale ricostruzione, il dato relativo all'avvenuta stipula del contratto di alienazione con il terzo acquirente, che nell'impostazione tradizionale viene utilizzato per distinguere la prelazione artistica dalle altre ipotesi di prelazione legale e sostenerne la natura pubblicistica.

Quanto, poi, alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di denuncia, si configura un congegno che, pur fondato sulla nullità dell'atto di alienazione, pare assimilabile, sul piano degli effetti che ne conseguono, al diritto di retratto delineato con riferimento alle altre ipotesi di matrice legale. Invero, in tal caso, lo Stato, unico soggetto legittimato a far valere la nullità, può scegliere di avvalersi della tutela reale apprestata dal legislatore, proprio esercitando il diritto di prelazione, *ex art. 164, co. 2*¹⁰⁹, ossia attraverso un meccanismo procedimentalizzato, a conclusione del quale gli sarà concesso di ottenere il trasferimento della proprietà del bene, riscattandolo dal terzo acquirente.

Nell'ambito della fase di contrattazione, invero, rilevano anche dei momenti nei quali

¹⁰⁷ In dottrina si è tentato di ricondurre la sospensione dell'efficacia del contratto al meccanismo operativo della presupposizione, nel senso che il mancato esercizio della prelazione, anziché rappresentare l'evento dedotto in condizione, riguarderebbe un potere dell'amministrazione, immanente nella disciplina del trasferimento dei beni culturali a titolo oneroso e il cui manifestarsi sarebbe indipendente dalla volontà delle parti (cfr. P. DE MARTINIS, cit., p. 1016).

¹⁰⁸ Già l'art. 31 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, disponeva che, nel caso di alienazione a titolo oneroso, il Ministro avesse "facoltà di acquistare la cosa al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione" o, nell'ipotesi in cui le cose fossero state alienate insieme ad altre per un unico corrispettivo, secondo il prezzo stabilito d'ufficio dal Ministro.

¹⁰⁹ In questo senso, v. M. PLASMATI, cit., pp. 790 s.



la disciplina pare risentire del carattere asimmetrico della relazione tra lo Stato e il privato, nella misura in cui alcune previsioni sembrano dirette a rafforzare la posizione del soggetto pubblico. Si pensi, ad esempio, all'art. 60, co. 2, che consente al prelazionario, qualora il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza la previa determinazione del corrispettivo in denaro o sia dato in permuta, di stabilirne d'ufficio il valore economico. Tuttavia, anche in questa ipotesi, il legislatore tenta di realizzare un contemperamento tra le istanze pubblicistiche e le ragioni privatistiche, prevedendo, nel caso in cui le parti non si accordino con riferimento al valore economico della cosa alienata, il ricorso alla determinazione del terzo, che procederà, ex art. 1349 cod. civ., con equo apprezzamento¹¹⁰.

L'effetto traslativo è poi destinato a prodursi, secondo quanto disposto dall'art. 61, co. 3, "alla data dell'ultima notifica", ossia nel momento in cui, come nelle altre ipotesi di matrice legale, l'alienante riceva notizia dell'intenzione dell'amministrazione di acquistare il bene, avvalendosi del diritto di prelazione. Anche in tal caso, la previsione della tassatività del termine entro cui deve essere notificato il provvedimento all'alienante e all'acquirente denota l'attenzione del legislatore alla tutela delle ragioni privatistiche.

Tale tendenza emerge, inoltre, nella previsione di un termine tassativo entro il quale il soggetto pubblico può avvalersi del suo diritto anche tardivamente, ai sensi dell'art. 61, co. 2, evitando che, in caso di irregolarità della denuncia, sussista in capo all'amministrazione un potere eccessivamente ampio, in quanto esercitabile *ad libitum*, con un'inaccettabile ingerenza nella sfera giuridica del proprietario del bene¹¹¹. Nella stessa logica sembra, peraltro, concepita la previsione del diritto del terzo acquirente di recedere dal contratto, qualora l'amministrazione eserciti una prelazione parziale, di cui all'art. 61, co. 6.

¹¹⁰ Si tenga presente che rappresenta una novità la procedura, delineata ai commi 3 e 4 dell'art. 60, per la determinazione del "valore economico della cosa", qualora l'alienante non accetti il prezzo stabilito d'ufficio. In questo caso, alle valutazioni della commissione di tre membri, prevista dalla legge Bottai e riprodotta nel Testo unico, il Codice sostituisce la "determinazione del terzo", ossia di un soggetto estraneo alla vicenda e scelto concordemente dalle parti, che, ai sensi dell'art. 1349 cod. civ., "deve procedere secondo equo apprezzamento". Peraltro, da tale norma sono state mutate anche le disposizioni che prevedono la nomina del terzo da parte del Presidente del Tribunale (del luogo di conclusione del contratto), qualora non vi sia accordo tra le parti ovvero il terzo designato non voglia o non possa accettare l'incarico, nonché l'impugnabilità della determinazione del terzo in caso di errore o di manifesta iniquità. Cfr. G. FAMILIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs n. 42/2004*, cit., pp. 272 s., in cui si rileva come la previsione della determinazione del valore economico da parte del terzo appaia una soluzione più agevole nella pratica e, con ogni probabilità, più rispettosa delle ragioni dell'alienante.

¹¹¹ In proposito si rinvia al par. 3.1.



Appare, pertanto, chiaro, soprattutto alla luce dell'attuale tendenza ad ammettere e ad accreditare l'adozione di modelli ricostruttivi propri del diritto civile anche in ambito pubblicistico¹¹², che, a seguito della denuncia, si instauri tra l'amministrazione e il privato un rapporto, seppur asimmetrico, di tipo consensuale, che sfoci poi nell'adozione del provvedimento amministrativo di prelazione. In altri termini, sembrerebbe che l'amministrazione, nell'esercitare il diritto di prelazione artistica, lungi dall'agire in via autoritativa, si attivi utilizzando uno schema negoziale funzionalmente orientato al perseguimento di un interesse pubblico¹¹³.

Così, seguendo questa linea ricostruttiva e accedendo all'idea secondo la quale il potere amministrativo discrezionale si gioverebbe, in un'ottica complessa, di nuove forme attraverso le quali manifestarsi, si consentirebbe all'amministrazione di adottare una scelta, quale quella relativa all'esercizio del diritto di prelazione artistica, realmente fondata sulla ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato.

¹¹²La dottrina amministrativa tradizionale riteneva assoluta l'inconciliabilità dell'esercizio del potere pubblico, tipico del modo di agire delle pubbliche amministrazioni, con l'adozione di atti negoziali, affermando la necessaria separazione tra il momento funzionale e quello dell'esercizio dell'autonomia (in tal senso, v. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, *passim*). Oggi, invece, può dirsi largamente condivisa, sia in dottrina sia in giurisprudenza, l'opportunità di abbandonare tali posizioni. In dottrina, v., tra gli altri, F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 29; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Esi, Napoli, 1999, p. 125 ss. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. un., 24 maggio 2013, n. 12901, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 30 novembre 2012, n. 21348, in *dejure.it*.

¹¹³V. F. GIGLIONI, *Gli accordi in generale*, in F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 8 ss., il quale, nel delimitare lo spazio "terzo" da ritenersi ormai riservato agli accordi della pubblica amministrazione di cui agli artt. 11 e 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241, rileva come l'attività negoziale della pubblica amministrazione non possa essere considerata scissa dal tratto identitario dell'azione pubblica, consistente nel perseguimento di un interesse pubblico. In altri termini, il carattere funzionale di tale attività non comporta l'uniformità degli esiti giuridici ai quali si perviene a conclusione dei procedimenti amministrativi. In quest'ottica, l'esercizio dell'attività negoziale da parte della pubblica amministrazione se, da un lato, è assimilabile, tranne che per le procedure adottate, a quella posta in essere dai privati, dall'altro, ha una portata più estesa, in quanto diretta alla cura dell'interesse pubblico. Ne deriva la configurabilità di negozi giuridici funzionalmente condizionati, attraverso i quali l'amministrazione esercita il proprio potere adottando un modello consensuale.