ISSN 1825-9871

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# Innovazione e Diritto

6
2008

***Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)***

***COMITATO SCIENTIFICO***
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Carlo Amirante
Prof. Elisabetta De Franciscis (coord. area Diritto pubblico comparato)
Prof. Luciana Di Renzo (coord. Finanza interna e comunitaria)
Prof. Stefano Fiorentino (coord. area Diritto tributario)
Prof. Massimo Marrelli
Prof. Carlo Panico (coord. area Economia)
Prof. Marilena Rispoli (coord. area banche e mercati finanziari)
Prof. Luigi Sico (coord. area Diritto internazionale e comunitario)
Prof. Sandro Staiano
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli

***REDAZIONE***
Roberta Alfano (coordinamento rivista)
Domenico Ardolino
Gino Buonauro
Debora Cioffi
Elena Cuomo
Anna Maria Di Lieto
Giordano Di Meglio
Gabriella Duranti
Olimpia Esposito De Falco
Chiara Fontana
Laura Letizia
Serena Maresca
Maria Pia Nastri
Raffaele Sabato
Leonardo Saviano
Giuseppina Simioli
Dea Squillante
Loredana Strianese (coordinamento newsletter)

***EDITING e GRAFICA***
Vittorio Mostacciuolo
Sebastiano Romitelli

***INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line***
***http://www.innovazionediritto.unina.it***
Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005
ISSN 1825-9871

***DIRETTORE RESPONSABILE***
Avv. Maurizio Migiarra

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# Innovazione e Diritto

Innovazione e Diritto è una rivista *open*. La rivista è consultabile e scaricabile liberamente attraverso le pagine del suo sito web all'indirizzo
***http://www.innovazionediritto.unina.it***
La rivista e tutti i suoi contenuti possono essere riprodotti liberamente a condizione che se ne citi sempre la fonte, riportando il web address.

Per contattare la redazione utilizzare il seguente indirizzo email:
***redazione@innovazionediritto.unina.it***

*La rivista è edita dal laboratorio* ***LARIGMA*** *presso il Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e Studi sul Sistema Politico ed Istituzionale Europeo*

*Numero finito di stampare il*

# *INDICE*

**Crisi dei mercati finanziari e incertezze delle politiche di salvataggio**
di Marilena Rispoli Farina ..... **1**

**Il disegno di legge – delega sul federalismo fiscale: diversivo a futura memoria**
di Manlio Ingrosso ..... **11**

**La disciplina delle misure di contrasto all'OPA ostile, fra stabilità degli assetti azionari e contendibilità del controllo**
di Luigi Scipione ..... **18**

**La prelazione artistica sui beni culturali di proprietà privata**
di Armando Calogero ..... **35**

**Il principio di precauzione nella conservazione delle risorse alieutiche alla luce della giurisprudenza comunitaria**
di Sara Pugliese ..... **106**

**Inattuazione di una direttiva comunitaria e titolari del diritto al risarcimento del danno: il caso dei medici specializzandi**
di Anna Chiara Forte ..... **120**

## *GIURISPRUDENZA - CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE*

**Nota alla sentenza del TAR Campania n. 21242 del 5 dicembre 2008: Concessione demaniale marittima. Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house**
di Mariaconcetta D'Arienzo ..... **141**

**La restituzione alla Libia della Venere di Cirene**
di Antonio Albano ..... **159**

## Crisi dei mercati finanziari e incertezze delle politiche di salvataggio

## 1) L'ordinamento americano*

di Marilena Rispoli Farina

1. - Il fallimento di mercato dei mutui subprime e le connessioni tra crisi finanziaria e interventi di vigilanza sono all'attenzione della pubblica opinione, dei governi e degli esperti del mercato finanziario ormai da molti mesi [1]. Tra i paesi interessati si segnalano in primo luogo gli Stati Uniti d'America, Paese dove il "contagio" [2] si è diffuso per primo e che, per primo, ha varato un piano di salvataggio delle banche e, più in generale, dell'economia, contraddicendo una politica che da alcuni anni appariva spiccatamente "liberista".

I mutui subprime sono prestiti ipotecari ad elevato tasso di interesse, accordati a clienti poco affidabili a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, esternalizzati dai prestatori attraverso operazioni di securitization in cui sono state coinvolte alcune tra le più prestigiose banche di investimento presenti a Wall Street [3]. Tali prodotti, a partire dal 2007, hanno consentito la propagazione alle banche di tutto il mondo delle ingenti perdite

---

* Il presente saggio è il primo di una serie dedicata alle misure di contrasto alla crisi, cui seguiranno quelli relativi all'ordinamento comunitario, ai principali Paesi dell'Unione Europea, all'ordinamento italiano.

[1] Tra i principali contributi giuridici si segnala: ENGEL, MCCOY, *A tale of three markets: the law and economics of predatory lending*, in *Texas law review*, 2002, p. 1255. Gli autori sono stati tra i primi a segnalare i rischi di una politica di facile concessione dei mutui ipotecari. V. gli atti dei Convegni: *Crisi dei mutui subprime ed efficacia dei controlli*, Napoli 13 marzo 2008; *L'ordinamento finanziario dopo le crisi*, Napoli 8 maggio 2008, ora in RISPOLI FARINA, ROTONDO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano 2009 (in corso di stampa); e *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Courmayeur, 26-27 settembre 2008; per i profili economici, si veda Banca d'Italia, *Bollettino economico*, gennaio 2009, n. 55.

[2] V. McCoy, *Il contagio dei* subprime, in RISPOLI FARINA, ROTONDO, *Le crisi*, cit.

[3] Per le cause strutturali della crisi di utile consultazione, *Audizione* del presidente della Consob Lamberto Cardia. *La crisi finanziaria internazionale e i suoi riflessi sull'economia italiana*, Senato della Repubblica, 6° Commissione Finanze e Tesoro, Roma 14 ottobre 2008, in www.consob.it. Alla base delle operazioni di cartolarizzazione, l'attività delle agenzie governative americane che acquistano mutui e prestiti dalle banche, finanziandosi con l'emissione di obbligazioni, con l'obiettivo finale di favorire l'acquisto di abitazioni da parte di famiglie non abbienti. Nel *Report of Financial Stability Forum on Enchancing Market and Institunional Resilience*, del 7 aprile 2008, p. 14, vi è l'analisi delle operazioni di cartolarizzazione, realizzata attraverso le "società veicolo" (*special purpose vehicle*) che hanno all'attivo un *pool* di attività finanziarie e emettono al passivo titoli (*ABS*). Gravi lacune di trasparenza sia per i soggetti della *securitization*, che per gli strumenti della stessa, sono emerse nelle indagini sulle crisi. Le banche di investimento hanno acquistato quote consistenti dei titoli più rischiosi, hanno offerto protezione dal rischio di insolvenza attraverso contratti derivati sul rischio di credito, hanno concesso garanzie, linee di credito e di liquidità alle società emittenti i titoli. In tal modo, il processo di cartolarizzazione non ha realizzato la riallocazione del rischio di credito al di fuori del sistema bancario, né una migliore ripartizione. Ma al contrario i rischi sono risultati in larga misura riconcentrati all'interno del sistema. CARDIA, *Audizione*, cit. Il sistema bancario degli Stati Uniti negli anni '80 del novecento aveva fortemente espanso la sua attività, in un clima ispirato alla *deregulation* che ha visto le Autorità consentire alle banche di operare con requisiti di capitale molto flessibili. Il contestuale insediamento di società in Europa, con sede a Londra e la possibilità di commercializzare servizi e prodotti, ha consentito alle banche di investimento di espandersi nel mercato europeo.

derivanti dall'insolvenza dei mutuatari americani. La svalutazione delle obbligazioni subprime negli USA ha innescato una corsa agli sportelli della banca inglese Northern Rock [4], così preoccupante da costringere la Banca d'Inghilterra prima a garantirne i depositi e poi a nazionalizzarla [5]. Le vicende dei subprime hanno spinto gli Stati Uniti verso la recessione e hanno posto l'economia, che ormai stava cedendo, al centro dei più accesi dibattiti delle elezioni presidenziali nel novembre 2008.

Ci si chiede, tuttora, come mai il mercato dei subprime abbia dato luogo ad una crisi di proporzioni così globali, che si è diffusa così velocemente in luoghi così lontani, e come mai le autorità preposte alla regolamentazione finanziaria negli USA e altrove non siano riuscite a prevedere l'immanente crisi [6]. Le riflessioni in corso investono vantaggi e svantaggi dell'innovazione finanziaria, avidità di comportamenti degli operatori, atteggiamenti forse indifferenti delle autorità di vigilanza [7].

2. - Ma accanto all'indagine ricostruttiva delle origini della crisi – una vera "tempesta perfetta" – la letteratura economica e giuridica deve affrontare, con notevole sforzo in considerazione del rapido precipitare degli eventi, l'analisi dei rimedi che le Autorità governative e finanziarie hanno via via dettato per contenere i nefasti effetti" del contagio".

Limitiamo per il momento l'indagine agli Usa, con la già accennata riserva che gli interventi predisposti negli States hanno avuto, da un lato, natura pragmatica, cercando le Autorità in primo luogo di tamponare i crolli man mano che si evidenziavano, ma nello stesso tempo si è cercato di dare loro natura programmatica, con piani di azione più organici. L'attuazione di tali programmi, soprattutto nelle versioni recenti, che sono più dettagliate delle prime, è condizionata anche al verificarsi di certi presupposti (si vedano per esempio i "test di stress" che il Financial Stability Plan della nuova amministrazione americana ha dettato e sta applicando per concedere benefici alle banche) che fanno

---

[4] ONADO, *Crisi finanziarie e vigilanza*, in RISPOLI FARINA, ROTONDO, *Le crisi finanziarie*, cit., ricorda che una corsa agli sportelli non si verificava in Inghilterra dal 1866, né tanto meno una nazionalizzazione.
[5] V. MCCOY, *op. cit.*
[6] ONADO, *op. cit.*, sottolinea la "globalità" della crisi, sviluppatasi con una virulenza tale da causare una vera epidemia, intensa e imprevedibile. All'inizio del 2006 i *subprime* ammontavano a circa 700 miliardi di dollari; sulla loro base furono creati ulteriori titoli (*ABS*) per un multiplo di tale somma e su questi altri derivati e così via. Come si è rilevato nel testo, allorché i debitori dei mutui *subprime* hanno iniziato ad avere problemi di solidità, non solo si è ridotto il valore e dei mutui, creando perdite potenziali per le banche, ma soprattutto si è ridotto il valore dei titoli sulla cui base erano stati creati titoli determinando un effetto di perdite "a catena", di valore incommensurabile.
[7] V. McCoy, *op. cit.*

apparire i salvataggi meno accessibili [8]. Si potrebbe dire che non si accetta la linea del mero salvataggio, ma si abbraccia quella del risanamento delle istituzioni.

Il Presidente Obama, già nel corso della campagna elettorale e ora, subito dopo il suo insediamento, si è trovato proiettato nell'occhio della tempesta perfetta e, pur vantando un indiscutibile phisique du role e un altrettanto indiscutibile ottimismo, sta adoperandosi senza tregua per rendere credibile la sua politica di salvataggi-risanamenti. La crisi sta continuando a colpire duramente il suo paese, e i mercati finanziari rispondono in maniera capricciosa ai generosi sforzi che la nuova amministrazione sta prodigando.

Obama, alla fine di gennaio, dopo il suo insediamento, ha subito riproposto al Senato un secondo round per il piano di salvataggio delle banche, approvato nel corso dell'amministrazione precedente [9]. Le nuove proposte apparentemente si collegavano a

---

[8] Si veda, per una efficace sintesi degli interventi di salvataggio D'APICE, *Crisi* subprime *i fatti salienti: dal fallimento di Lehman al salvataggio di Citigroup*, in *Nel merito*, 9 gennaio 2009. La cronaca degli eventi *clou* inizia il primo *weekend* di settembre quando il ministro del Tesoro Paulson annuncia la nazionalizzazione di *Fannie Mae* e *Freddie Mac* che versano in gravi difficoltà. Le due società para-statali garantiscono più del 50% dei mutui in circolazione (per un controvalore di circa $5 trilioni) e la loro sopravvivenza è essenziale a limitare la caduta del prezzo degli immobili. Il *weekend* successivo, le istituzioni statunitensi lasciano fallire *Lehman Brothers* che, dopo oltre 150 anni di attività, dichiara la bancarotta più grande della storia americana con oltre $600 miliardi di debiti. Lo stesso giorno, *Merrill Lynch* viene acquistata da *Bank of America* per circa $50 miliardi, ma è il fallimento di *Lehman* a scatenare il panico sui mercati: l'indice *Dow Jones* perde 504 punti, segnando la caduta più grave dagli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. Gli intermediari più esposti nei confronti di *Lehman* sono i fondi monetari USA le cui difficoltà bloccano definitivamente il mercato della carta commerciale. Pochi giorni dopo, AIG, una delle più grandi compagnie assicurative del mondo, rischia il fallimento per scommesse azzardate in contratti derivati legati all'andamento del mercato immobiliare. Solo l'intervento della FED scongiura la bancarotta con un prestito di $85 miliardi in cambio del 79,9% del capitale azionario. I crolli dei mercati azionari e il blocco del credito a breve termine diffondono seri dubbi sulla tenuta del sistema finanziario internazionale. Gli operatori non hanno più fiducia gli uni degli altri e quello che più preoccupa è il blocco delle funzioni di breve periodo essenziali per supportare l'economia reale come, ad esempio, eseguire transazioni e fornire credito alle imprese. Il vortice negativo viene interrotto, temporaneamente, il 18 settembre quando Paulson annuncia un piano di salvataggio di oltre $700 miliardi per arginare la crisi finanziaria. Nella prima versione, di sole 3 pagine, l'intento è acquistare i titoli finanziari, definiti "tossici", dalle banche in difficoltà. L'iniziativa, accolta positivamente dai mercati azionari, solleva però un acceso dibattito tra politici e studiosi. Il cuore del problema è riuscire ad attribuire un valore ai titoli strutturati, ormai privi di un mercato di riferimento, che non sia ne troppo basso, e quindi penalizzante per le banche, nè troppo alto e, quindi, penalizzante per i contribuenti.

[9] Per una efficace sintesi degli eventi, si vedano: *Piano di stimolo economico. La barricata dei repubblicani contro Obama*, 30-01-2009; *Obama. Più credito alle imprese e alle famiglie. Mutui meno cari*, 01-02-2009; *Crisi Usa. Braccio di ferro sul piano di rilancio dell'economia. Pressione sul Gop*, 03-02-2009, in *America Oggi*, 2009. Circolavano molti interrogativi su come il governo intendesse far fronte al salvataggio, che l'opposizione valutava in 900 miliardi di dollari. Il Wall Street Journal stimava che il piano di creare una 'bad bank' che assorbisse debiti e titoli tossici sarebbe costato 2.000 miliardi di dollari. Obama si spinse fino a recarsi di persona a *Capitol Hill* per cercare di convincere i repubblicani, ma si senti rispondere che era "un ottimo piazzista" che però offriva un prodotto che l'opposizione non intendeva comprare. Alla Camera, i repubblicani si sono presentati con un piano alternativo da 478 miliardi di dollari, in gran parte fatto di tagli fiscali, che a loro avviso avrebbe salvato 6,8 milioni di posti di lavoro (contro i 3-4 milioni in due anni promessi da Obama). Cifre respinte con forza dalla Casa Bianca. Si lavorava anche per instaurare un dialogo, mentre il presidente Obama spiegava che le banche americane si trovano "in una posizione molto vulnerabile" e la situazione ereditata è talmente pessima che "é probabile che la banche non abbiano ancora la piena consapevolezza delle perdite che verranno complessivamente raggiunte". "Alcune di loro non ce la faranno", aggiungeva profeticamente il presidente, anche perché dovranno cancellare non pochi dei loro asset tossici. Per l'amministrazione Obama,

quelle della passata amministrazione [10]. Il precedente Ministro del Tesoro americano, Paulson, aveva infatti presentato un primo e poi un secondo piano di salvataggio (da 700 miliardi di dollari) approvato tra molte polemiche nell'ottobre del 2008, e denominato TARP ispirato all'idea di far acquisire direttamente dallo Stato, i titoli "tossici" detenuti dalle banche, così da alleggerirle da tale pesante fardello, e consentire il ripristino di un regolare processo di erogazione del credito, di ripresa dei rapporti con le altre banche, riportando a una situazione di normalità il mercato interbancario. Il piano, oggetto di molte polemiche [11] prese, però, una strada completamente diversa seguendo più la falsariga delle soluzioni adottate in Inghilterra, dove si è deciso di acquistare direttamente le azioni delle banche. Il modello inglese – perorato da Gordon Brown – ha avuto indubbio successo, cambiando completamente gli assetti del sistema bancario di quel Paese, ora saldamente ancorato alla mano pubblica.

Non solo, quindi, l'amministrazione americana, prima di Obama, ha realizzato interventi di salvataggio, che dovrebbero essere contrari ad una logica di mercato, ma essi hanno subito assunto anche un carattere di eccezionalità, data la "eccezionalità " della crisi [12]. La FED ha finanziato nel febbraio 2008 l'intervento della J.P. Morgan (banca commerciale) per acquistare la Bear Stearns (quinta banca d'investimento del Paese) in crisi, superando il divieto di accesso al credito di ultima istanza da parte delle banche d'investimento, che non raccolgono depositi. La FED è intervenuta non a tutela diretta dei depositanti, ma del sistema nel suo complesso, per ripristinare la fiducia nel sistema stesso. È assunto indiscutibile che l'intero castello dell'intermediazione finanziaria si regga su tale elemento, mancando il quale possono innescarsi fenomeni di panico, difficilmente arginabili.

3. - Sul piano predisposto dal governo Obama, e affidato al nuovo Ministro del Tesoro Geithner, prima della sua formale approvazione, giunsero molte e anche pericolose indiscrezioni, diffuse dalla stampa economica. Si diceva che si volesse riprendere l'idea di Paulson, cioè dell'acquisto da parte del Tesoro dei titolo "tossici", ma con la novità della previsione di una bad bank che attuasse l'operazione. La prima

---

comunque, il "campo di battaglia" non era solo all'interno del Congresso: oltre a repubblicani e americani, il Presidente doveva cercare di convincere i mercati finanziari mondiali della bontà del suo piano.

***[10] Cfr. VELLA,* La discarica che si chiama *bad bank, in* Lavoce.info*, 3 febbario 2009*.**

[11] Un'efficace sintesi dei contenuti del piano in *Borsa Italiana, London Stock Exchange Group, 19 ottobre 2008;* Per le critiche, ZINGALES, *Paulson: Dove sbaglia il piano Paulson*, in *Lavoce.info*, 22 settembre 2008.

[12] ONADO, *op. cit.*

versione del piano Paulson aveva incontrato molti ostacoli poiché in primo luogo non appariva ben chiaro cosa il Tesoro dovesse comprare, di fronte alla variegata realtà dei titoli tossici in circolazione, alla difficoltà di operarne una valutazione, ai fini di fissarne il prezzo di vendita. Nel regime di incertezza, che accompagnava tale progetto, si rischiava di attribuire al soggetto pubblico acquirente una eccessiva discrezionalità, a danno dei necessari meccanismi di trasparenza dei salvataggi. Inoltre le prime verifiche parlamentari sull'esecuzione del piano statunitense TARP (Troubled Asset Rescue Plan), attuato per lo più con interventi diretti di liquidità, avevano evidenziato che il Department of Treasury non può utilizzare i soldi dei contribuenti discrezionalmente, senza essere oggetto di una forte critica. Di conseguenza, si diceva negli ambienti vicini al Governo che le scelte del nuovo Ministro Geithner, tese a rafforzare il piano, sarebbero state impegnative soprattutto sul versante della trasparenza (accountability) che appariva carente nel precedente programma, suscitando ancora notevoli perplessità.

In un mondo, quale è quello statunitense in cui si deve rendere pienamente conto al contribuente, ci si chiedeva perché il già colpito taxpayer dovesse continuare a esborsare risorse, a favore degli azionisti delle banche.

Alcuni economisti, commentando le proposte, in itinere hanno avanzato l'ipotesi che fossero le banche stesse a costituire una bad bank, soluzione che secondo altri richiederebbe un coordinamento internazionale difficilmente attuabile in tempi brevi, poiché i titoli "tossici" sono diffusi nei bilanci in numerosi intermediari, a livello internazionale e l'urgenza di intervenire è forte.

Il dibattito nel mondo finanziario accompagnava l'attesa delle nuove proposte e si rifletteva sulle soluzioni che intanto andavano prendendosi o proponendosi negli altri ordinamenti investiti dalla crisi finanziaria. Significativo, al riguardo, il problema di non poco conto, che si poneva, qualora l'intervento fosse operato esclusivamente dallo Stato, circa il conflitto di posizioni tra lo Stato acquirente del capitale delle banche "contagiate" o dei titoli da esse posseduti, e quello di controllore delle banche di cui esso detta le regole [13].

Il progetto, comunque rimase a lungo segreto, fino a quando Geithner, in un'audizione al Senato, che concerneva l'attuazione del TARP, cominciò a chiarire la linea di svolta che la nuova amministrazione intendeva assumere, prevedendo una sorta di

[13] VELLA, *op cit.*, sottolinea l'esigenza di criteri chiari che definiscano bene i confini tra il *proprietario* e il *regolatore*, perché solo così si possono realizzare interventi, indubbiamente dolorosi per la collettività, che abbiano tempi certi, garanzie di trasparenza e di tutela del mercato e degli interessi pubblici.

partnership pubblico-privata per l'acquisto degli asset tossici che appesantiscono i bilanci delle banche, accantonando l'ipotesi di una nazionalizzazione delle stesse e della creazione di una bad bank pubblica nella quale far confluire tali asset. Chiarì anche che nel piano sarebbero rientrati nuovi programmi per 50-100 miliardi di dollari per aiutare i proprietari di case in difficoltà; iniezioni dirette nel capitale nelle banche; ampliamento dei programmi della FED per rilanciare il credito; e un meccanismo per risolvere il nodo degli asset "tossici". Di seguito, pur senza alcuna conferma da parte delle autorità, l'idea che si potesse ricorrere all'aiuto dei privati per risanare i bilanci delle banche cominciò ad essere accreditata, visti i costi decisamente più contenuti. Il Dipartimento del Tesoro si era limitato a precisare che l'obiettivo del progetto era quello di rafforzare l'economia americana, permettendo al credito di continuare "a girare" verso famiglie e imprese. Inoltre, il progetto avrebbe fissato dei paletti sulle modalità di spesa dei soldi dei contribuenti, che avrebbero dovuto essere utilizzati in modo più «responsabile, controllato e trasparente» [14].

4. - Il piano presentato dal Treasury americano e approvato dal Senato con il nome di Financial Stability Plan il 10 febbraio 2009 (o Geithner test, come definito da una parte della stampa economica internazionale) si presenta, di fatto, notevolmente innovativo rispetto al precedente piano Paulson, (che continua, comunque, ad essere operativo) [15].

Il piano, sviluppando certamente qualche elemento già in nuce nel progetto Paulson, mira a dare all'intervento statale una veste più organica e completa, ai fini della soluzione della crisi economica e, in particolare, del comparto immobiliare, quello più duramente colpito. Per alleggerire il carico nei confronti dello Stato, che nei programmi di Obama si sta ponendo obiettivi sempre più ampi e costosi di natura sociale, l'intervento di soggetti privati nelle operazioni di salvataggio delle banche non è solo auspicato, ma istituzionalizzato. Si rinunzia alla logica delle mere concessioni di capitale, per abbracciare il controllo statale dei bilanci delle banche e, quindi, si esclude l'acquisto di asset da parte di un fondo. Si affronta il cuore dei problemi – il mercato dei prodotti cartolarizzati – e si cerca di sanare una debolezza fondamentale del programma Paulson: la mancanza di

[14] Il progetto viene "svelato" poco prima che il presidente della FED, Ben Bernanke, apparisse in Senato per un'audizione sull'attuazione dei programmi a disposizione della banca centrale a sostegno del credito.
[15] Il piano e la sua composizione è consultabile nel sito del Tesoro (www.ustreas.gov). Tra i commenti si veda in Borsa italiana, *Il piano obama*, 13 febbraio 2009; ANSA.it, *Piano-banche, fino a 2.000 mld per sistema*, 13 novembre 2009; RUSSO, *Provaci ancora, zio Sam*, in *LaVoce.info*, 13 febbraio 2009.

trasparenza e accountability delle banche nei cui confronti si realizza l'intervento pubblico di ricapitalizzazione.

L'effetto leva è stimato in 2.000 miliardi di dollari e sono previste cinque linee di intervento: 1) sostegno al capitale bancario, 2) creazione di un fondo misto di investimento, 3) iniziative a sostegno di nuovi prestiti a consumatori e imprese, 4) oneri di trasparenza e responsabilità delle istituzioni creditizie, 5) sostegno ai mutuatari per evitare il pignoramento.

Il primo punto, denominato Programma di Assistenza al Capitale Bancario (CAP) prevede che il Tesoro americano, di concerto con tutte le autorità di supervisione, per ottenere una valutazione realistica e di lungo periodo delle effettive "condizioni di salute" delle banche, effettuerà un "test di stress" sui loro bilanci, per valutare se hanno il capitale necessario a esercitare attività di prestito e se sono in grado di assorbire le perdite potenziali che potrebbero derivare da un declino economico più severo di quello che ci si attende[16]. A fronte dell'intervento pubblico sono emesse azioni privilegiate convertibili, il cui dividendo e prezzo di conversione non è ancora stabilito nel piano. Si intende strutturare la partecipazione pubblica in modo che le banche siano incentivate a sostituirla con capitale privato o a riscattarla. Sarà anche possibile, previa autorizzazione, permutare le azioni relative al precedente piano con quelle dell'attuale. La gestione dei fondi pubblici che lo stato intende concedere sarà affidata a un Trust. L'esatto ammontare di fondi necessari, non è determinato in partenza ma potrà essere stabilito solo dopo la realizzazione dei test.

2) Creazione di un Public-Private Investment Fund (PPIF).

Come si è già detto, alla creazione del fondo contribuiranno capitali pubblici e privati. Esso acquisterà gli asset "tossici" delle banche per ridurre la componente di maggior rischio dei loro bilanci e consentire lo svolgimento delle attività di finanziamento. Le risorse pubbliche (inizialmente 500 miliardi, che potranno arrivare fino a 1000) saranno fornite dalla Federal Reserve e dalla FDIC, l'agenzia di tutela dei depositi. Non viene chiarito quali soggetti privati possano essere interessati o incentivati a partecipare al fondo. Tuttavia, la presenza di tali soggetti implica una valutazione del prezzo degli asset illiquidi affidata al mercato. Circostanza che potrà implicare due conseguenze: da

[16] Al test devono sottoporsi obbligatoriamente tutti gli istituti con *asset* consolidati superiori a 100 miliardi di dollari e solo così potranno avere accesso ai fondi pubblici I fondi pubblici opereranno come una forma di "contingent equity" che preluderà all'ingresso di capitale privato e assicurerà nel breve termine che le banche continuino o incrementino la loro attività di concessione dei prestiti i prestiti all'economia reale.

un lato, si può sperare che venga così fissato un valore "giusto" per tali strumenti, nella prospettiva di ridare fiducia al mercato, con beneficio anche per i contribuenti che eviterebbero il rischio di pagare troppo o troppo poco; ipotesi questa che comporterebbe la necessità di ulteriori interventi pubblici. Dall'altro, un fondo pubblico/privato potrà porre attenzione ad assumere eccessivi rischi e offrire il prezzo più basso con la possibilità di produrre immediate perdite contabili per gli istituti che si intendevano aiutare. Un elemento di perplessità, per le stesse banche, a partecipare al piano di salvataggio che allo stato è fonte di incertezze ed è oggetto di discussione.

3) Sostegno ai prestiti a consumatori e imprese.

La TALF (Term Asset-backed Securities Loan Facility), una misura già presente nel piano Paulson, ma sinora inutilizzata, viene incrementata (di 200 miliardi di dollari, con effetto leva fino a mille miliardi) per finanziare l'acquisto da parte di investitori privati di prodotti cartolarizzati (ABS) garantiti da prestiti per l'acquisto di auto, carte di credito, o concessi a studenti e piccole imprese, assistiti da rating AAA, nonché commercial mortgage-backed securities (CMBS) [17]. La Federal Reserve continua il precedente programma di acquisto di obbligazioni emesse da agenzie governative (le GSE, come Fannie Mae, Freddie Mac e le Federal Home Loans Banks) e mortgage backed securities, per un totale di 600 miliardi. Si ripone molta fiducia in questa misura per riattivare il mercato dei prodotti cartolarizzati, tuttora in fase di stasi.

4) Trasparenza, accountability e monitoraggio dei fondi.

Su questi aspetti il nuovo piano presenta i maggiori punti di discontinuità con il TARP, anche perché le valutazioni dei risultati sinora conseguiti da quest'ultimo non sono state del tutto positive, a causa in parte dei continui mutamenti e della sua applicazione un po' erratica. È stato evidenziato come parte delle risorse pubbliche erogate sia stata utilizzata per retribuire i manager o sia stata congelata presso l'impresa piuttosto che concessa in prestito. In alcuni casi, è confluita in operazioni di fusione e acquisizione, che hanno comportato una ulteriore riduzione del personale delle imprese bancarie.

Il nuovo piano prevede, al contrario, che le banche debbano dimostrare come le risorse ottenute abbiano consentito di continuare a concedere credito o di stipulare nuovi contratti in misura maggiore rispetto a quanto sarebbe stato possibile senza il sostegno

[17] Il Tesoro prevede, dietro consultazione con la Fed, di estendere l'ambito di applicazione della misura anche ai *non-Agency residential mortgage-backed securities* (*RMBS*) e ad *asset* garantiti da obbligazioni societarie.

pubblico. Esse devono, altresì, presentare un piano dettagliato di utilizzo e un resoconto mensile di quanti prestiti hanno concesso a consumatori e imprese e quanti prodotti cartolarizzati (ABS, MBS) hanno acquistato. I dati forniti verranno resi pubblici sul sito del Dipartimento del Tesoro (www.ustreas.gov).

Particolare attenzione si porrà sull'acquisto di azioni proprie e sulle acquisizioni di imprese che dovranno essere autorizzate dal Tesoro, come pure saranno sottoposte a limitazione le distribuzioni di utili agli azionisti. Si stabiliscono limiti ai compensi degli amministratori, incluso il caso di stock option pagabili solo dopo l'uscita del Tesoro, nonché divieti all'acquisto di beni di lusso da parte delle imprese. Si includono misure per evitare ingerenze politiche o di categoria nell'utilizzo, nella richiesta o nella restituzione dei fondi. È evidente che le imprese, che intendono accedere ai fondi pubblici di aiuto, devono accettare forti limitazioni alla loro autonomia operativa.

Al fine di garantire la massima trasparenza verso i contribuenti, preoccupazione evidente del nuovo piano, saranno rese pubbliche e di facile consultazione tutte le operazioni poste in essere per attuare il piano, compreso il numero delle azioni sottoscritte. I relativi dati dovranno essere comparati con i prezzi di mercato di analoghe transazioni, se disponibili.

5) Evitare i pignoramenti.

L'ultima parte del piano si occupa del sostegno al mercato immobiliare, venendo incontro ai proprietari di abitazioni in grave difficoltà dopo la crisi.

Si tratta di una misura economico-sociale che intende venire incontro ai soggetti che rischiano di perdere l'immobile acquistato con i mutui subprime. Il Tesoro e la FED, da un lato, investiranno fino a 600 miliardi nell'acquisto di obbligazioni e prodotti cartolarizzati emessi dalle GSE e impegneranno risorse fino a 50 miliardi per prevenire pignoramenti "evitabili" di case già occupate. Le istituzioni chiederanno l'impegno a tutti i soggetti che aderiscono al programma a partecipare a piani di rinegoziazione dei mutui (foreclosure mitigation) secondo regole stabilite dal Tesoro.

Rimane ancora aperta la questione circa i soggetti specificamente deputati a effettuare la rinegoziazione dei mutui e ad evitare i pignoramenti, ossia se affidarla all'Autorità giudiziaria, competente per le procedure fallimentari, o alle Camere di conciliazione. Come pure non sono ancora definite le misure per incentivare le banche a partecipare a tali piani.

5. - Purtroppo l'attuazione del piano, per la parte finanziaria, sta tuttora incontrando numerosi ostacoli. Come pure alcuni elementi devono ancora essere precisati. Il primo passo della sua realizzazione è, intanto, cominciato con il varo del Capital Assistance Program (CAP) che condurrà i "test di stress" nelle maggiori banche (quelle che hanno più di 100 miliardi di asset) e, individuate quelle più fragili, inietterà capitali freschi in cambio di titoli preferenziali convertibili.

Obama, il grande comunicatore, non riesce ancora a convincere Wall Street sull'efficacia delle misure anticrisi [18] a favore delle banche. E il dilemma tra una nazionalizzazione – che tutela maggiormente gli interessi dei contribuenti chiamati a finanziare i salvataggi – e una partecipazione al capitale in percentuale non troppo elevata – non spaventi troppo gli investitori – si ripresenta costantemente al nuovo presidente. Anche perché la voragine dei conti USA, a dire degli analisti finanziari, continua a crescere[19]. Nel frattempo il Presidente presenta al Paese riforme sociali di grande respiro.

[18] Cfr. *La settimana calda delle banche USA*, e *Obama deve convincere Wall Street*, in *Corriere della sera*, 25 febbraio 2009.
[19] ROUBINI, *La voragine dei conti USA*, in *La Repubblica*, 25 febbraio 2009, p. 36, la quantifica in 1,8 trilioni di dollari.

**Il disegno di legge – delega sul federalismo fiscale: diversivo a futura memoria**

di Manlio Ingrosso

1- Premetto che le veloci considerazioni che mi accingo a svolgere sono quelle di un giurista che si occupa di cose tributarie. Sono dunque impressioni ( più che riflessioni) scevre e distanti da elementi politici.

Mi propongo di dire qualcosa di sensato a proposito del disegno di legge - delega sul federalismo fiscale approvato il 22 gennaio 2009 dal Senato della Repubblica. Ma prima, consentitemi , vorrei chiarire di cosa parliamo perché l'espressione *federalismo fiscale* è impropria sia per l'uso del sostantivo (federalismo) che dell'aggettivo (fiscale) .

Parlare di federalismo è storicamente improprio perché il federalismo nasce dal movimento centripeto di Stati indipendenti che si aggregano in uno Stato federato. Invece il federalismo italiano passa attraverso un movimento centrifugo di dismissione o di concessione di poteri che sono dello stato unitario a favore delle autonomie locali.

Quanto all'uso dell'aggettivo fiscale è tecnicamente improprio perché si contrappone al sostantivo "federalismo" per indicare che la titolarità delle entrate fiscali deve appartenere non alla Stato federato , ma agli enti territoriali sub-statali , mentre lo Stato centrale può attingere ai tributi solo in via derivata. Quindi nell'espressione "federalismo fiscale*"* o il sostantivo non va d'accordo con l'aggettivo o l'aggettivo fà a pugni con il sostantivo.

Non male se ci si vuole far capire dalla gente!

In realtà "federalismo fiscale" è una espressione di recente introduzione che ha origine americana e deriva pertanto dalla versione in italiano di *fiscal federalism*. Peccato che chi la usata ha fatto una malaccorta traduzione dell'americano. Infatti *fiscal* nella nostra lingua non significa fiscale, ma finanziario , ossia sta a indicare non solo le entrate fiscali, ma anche le spese pubbliche.

Inoltre nell'impostazione risalente alla letteratura economica americana, ossia nella sua accezione di origine, fiscal federalism è adoperato con un significato completamente diverso perché sta ad indicare la preferenza per l' approccio alla gestione delle entrate tributarie (degli Stati uniti) di tipo accentrato e non decentrato. Quindi è lo Stato centrale che deve attribuire il gettito fiscale agli enti territoriali di livello inferiore.

Invece nell' accezione nostrana , diffusasi negli ultimi venti anni, l'aggettivo inglese "*fiscal* " diventa fiscale, ossia ci si riferisce alla finanza pubblica solo sul versante

delle entrate tributarie, e i termini del problema si capovolgono a favore di una gestione decentrata (non centralizzata come dicevano gli americani) del prelievo tributario . Il federiamo fiscale all'italiana sposta l'accento sull'assegnazione delle imposte ai comuni, alle province e alle regioni valutata più da un punto di vista politico-istituzionale, che sul terreno tecnico tributario.

A questo punto, si può ben dire che federalismo fiscale è una espressione convenzionale e non tecnica, entrata nel linguaggio comune in Italia, con forte connotazione politica.

Il federalismo fiscale cresce e prospera nella stesso terreno di cultura del federalismo tout court ( la destrutturazione dei partiti e la crisi del sistema politico ) ed insieme alimentano la riforma istituzionale federalista dello Stato italiano su cui si è accentrato il dibattito politico di questi ultimi anni.

Il federalismo fiscale, nel suo significato eminentemente politico, viene cavalcato da tutte le forze politiche e diventa la panacea di tutti i mali : serve a razionalizzare la spesa e le entrate, garantisce la trasparenza e la correttezza amministrativa, è la soluzione taumaturgica addirittura al problema nazionale del Mezzogiorno, etc.

In questi giorni l'espressione è stata consacrata nel testo di legge- delega sul federalismo fiscale e quindi ce ne dobbiamo necessariamente occupare, inforcando gli occhiali da giurista e non da politico.

2- E veniamo più da vicino al disegno di legge che, in attuazione dell'art.119 Cost., delega il Governo a legiferare in tema di federalismo fiscale.

Hanno colpito molto le affermazioni del ministro Tremonti sulla impossibilità di valutare a priori l'impatto finanziario della riforma federalista. Ma la questione non è tanto di analisi economica e di copertura della legge delega, perchè l'effetto economico del federalismo fiscale si valuterà sui decreti attuativi e non sulla delega al Governo , come ha giustamente precisato lo stesso Tremonti.

A me personalmente hanno fatto effetto le altre dichiarazioni del ministro.

Tremonti ha detto che il federalismo fiscale comporterà : "*Dodici tipi principali di tributi in gioco, cinque soggetti politici titolari dei cespiti tributari, undici tra criteri e principi direttivi , due fondi di sussidiarietà, otto tipi di procedure attuative e un numero ancora non specificato di decreti attuativi della delega*" .

Secondo me i problemi stanno proprio qui, sul meccanismo che si avvia. Non ritengo fondamentale, dal mio punto di vista, il discorso sulla spesa e sugli effetti

economici della riforma, su cui pure molti autorevoli si sono soffermati esprimendo non pochi dubbi e perplessità.

Mi preoccupano invece i costi amministrativi e giuridici del federalismo fiscale, ad onta di tutte le conclamate buone intenzioni, che si richiamano alla responsabilizzazione amministrativa, alla lealtà istituzionale ,alla razionalità e alla coerenza, ai comportamenti virtuosi, alla solita trasparenza ed efficienza, etc principi di cui è abbondantemente infarcito l'art. 2.

La domanda d'obbligo è una : ma dove si prenderanno i soldi per finanziare questa gloriosa macchina che si mette in moto, senza aggravare il carico fiscale dei contribuenti? In verità, l'art.2, comma 2, lett. aa) il problema se lo pone e lo risolve delegando il Governo a ridurre l'imposizione fiscale statale in misura corrispondente alla maggiore imposizione che va a beneficio degli vari enti "federati". Mi chiedo: ma quale umano, da qualche secolo in qua, ha mai visto diminuire la pressione fiscale?

3- Volendo sintetizzare al massimo, va detto che il disegno di legge - delega sul federalismo fiscale si regge su due basi. Da una parte, istituire tributi regionali e locali e, dall'altra, consentire agli enti locali di applicare variazioni di aliquote ed agevolazioni.

Infatti il testo approvato dal Senato prevede "un paniere di tributi propri", per i Comuni e le Province, che saranno individuati da parte della legge statale, al fine di finanziare le relative funzioni.

Inoltre, sempre il disegno di legge – delega, stabilisce che le regioni a statuto ordinario possono istituire, con proprie leggi, ulteriori nuovi tributi, oltre che per loro stesse, a favore di Comuni, Province e Città metropolitane . Il testo della delega approvato dal Senato fa generico riferimento a tributi propri istituiti in relazione a presupposti " non assoggettati ad imposizione da parte dello Stato "( ma non si a specificano quali potrebbero essere tali specie di nuovi tributi) ovvero fa riferimento a tributi propri che fanno leva su una riserva di aliquota o consistono in addizionali

A "margine", si parla di intervenire sul catasto o di introdurre una tassazione sugli immobili. Ma l'ICI sulla prima casa non era stata messa da parte?

Quanto ad imposte su base catastale , l'esperienza del Comune di Napoli ( e dell' Agenzia del territorio) di aumentare in via generalizzata il classamento degli immobili di alcune zone della città, con migliaia atti di accertamento - che, come tutti sanno, sono al vaglio impietoso delle Commissioni tributarie- induce a sorvolare sulla faccenda.

Si parla pure di istituire a favore dei comuni "tributi di scopo". Già nella Finanziaria 2007 è stata istituita a favore dei Comuni la tassa di scopo destinata alla

realizzazione di opere pubbliche, che intermini di gettito vale poco e che ha un effetto più che altro psicologico, ma che suscita non pochi dubbi di costituzionalità, tanto che i Comuni sono restii a stendere il regolamento applicativo.

A questo proposito, riporto alla mia memoria due misure di prelievo impostate sulla struttura dei tributi di scopo.

Quello della Regione Sardegna che nel 2006, ha introdotto un tributo regionale teso alla tassazione del turismo per finalità di tutela ambientale . La disciplina di questa tassa di scopo presenta seri dubbi di costituzionalità e di compatibilità con quello comunitario. Attualmente la questione è al vaglio della Corte costituzionale, che ha qualche settimana fa sospeso il giudizio ed ha rinviato in via pregiudiziale per l'interpretazione della norma alla Corte di Giustizia di Lussemburgo.

La seconda esperienze regionali in materia di tributi di scopo è stata condotta dalla Regione Sicilia che ha introdotto nel 2002 il c.d. "tubatico" o "tassa sul tubo".

Unico soggetto passivo del tributo era la società algerina Sonatrach, fornitore del gas di metano algerino all'italiana Snam Rete Gas.

La storia del tributo si è inglorosiamente conclusa (dopo che Commissione europea aveva invano diffidato la Repubblica italiana) con la sentenza della Corte di Giustizia del 21 giugno 2007, che ha posto definitivamente fine alla travagliata esistenza della tassa sul tubo per contrasto con la normativa comunitaria.

Quello che voglio sottoporre all' attenzione, è la difficoltà di istituire tributi aventi presupposti diversi da quelli degli già esistenti tributi statali. La Corte Costituzionale ha parlato, a questo proposito, di "limitatissime" ipotesi di tributi propri aventi presupposti diversi da quelli dei tributi statali.

Uno di questi esempi, va ricordato, è la tassa di concessione per la ricerca e la raccolta dei tartufi, istituita nella Regione Veneto. Successivamente il tributo è stata abolito in considerazione dell'esiguità dell'introito derivante in rapporto ai costi di gestione amministrativa.

4- Il testo legislativo in commento, oltre a prevedere la possibilità di istituire vari tributi regionali e locali , come detto prima consente agli enti di derogare in materia di aliquote o di applicare agevolazione o esenzioni tributarie . Queste disposizioni destano altrettanto preoccupanti riflessioni .

Si tenga presente che qualsiasi tipo di agevolazione o esenzione fiscale, che ha carattere selettivo, ossia è volta a favorire talune imprese o talune produzioni, configura

un aiuto di stato per la normativa comunitaria e quindi, in quanto aiuto fiscale, è vietato. Vige la presunzione che l'aiuto-agevolazione tributaria proprio perché misura selettiva produce effetti distorsivi della concorrenza. Una agevolazione è selettiva quando si applica esclusivamente ad una zona geografica limitata del territorio italiano oppure perché va a beneficio delle imprese ubicate nella regione .

In tali ipotesi, l'agevolazione è incompatibile con il diritto comunitario e di conseguenza è illegittima. Eppure l'art. 2 della delega non manca di preoccuparsi di individuare forme di fiscalità di sviluppo per le imprese in conformità del diritto comunitario!

Come ci si può rendere conto, attribuire la possibilità alla Regione di concedere esenzioni e/o sconti sul pagamento di tributi, oltre a determinare un aggravio (sia pure sotto forma di minori entrate) per le finanze dell'ente, significa camminare sulle sabbie mobili, perché può comportare dare luogo ad aiuti di Stato che sono vietati.

In effetti, bisogna pur dirlo, per l' interpretazione del concetto di selettività territoriale che ne da la Commissione europea e la Corte di Giustizia, vi è una chiusura netta a ogni istanza di federalismo fiscale a livello europeo.

Per una regione italiana, ad onta di quello che dice con enfasi la delega, non sarà mai possibile attuare una politica di fiscalità di vantaggio!

La Corte di Giustizia ha recentemente riconosciuto che un ente territoriale (ad. es. Regione) può adottare misure di agevolazione sul proprio territorio solo nel caso in cui abbia una *perfetta autonomia tributaria* riconosciuta dalla Costituzione. Questo si verifica quando lo Stato centrale non può finanziare con suoi trasferimenti i più bassi carichi fiscali stabiliti a livello locale.

Nella delega sul federalismo , in particolare all'art. 1, invece si parla di solidarietà ed è previsto che lo Stato possa di finanziare a parte, tanto le regioni quanto per gli enti locali, con risorse aggiuntive, secondo quanto previsto dal quinto comma dell'art. 119 Cost..

Quindi se lo Stato, in base al principio costituzionale della solidarietà nazionale, finanzia una regione per il raggiungimento del livello economico e sociale del resto del territorio nazionale, questo implica che l'ente in questione non ha l'autonomia tributaria che gli permette di introdurre agevolazioni senza incorre nel divieto di aiuto di Stato dettato dalla normativa comunitaria!

5-Allora per me, la questione vera del federalismo fiscale , sta tutta sulla ricaduta che questo proliferare di tributi (vecchi e nuovi, statali e locali) potrà avere sul sistema tributario italiano nel suo complesso e sull'attività amministrativa di accertamento e di riscossione dei tributi ( vecchi e nuovi) e sui relativi uffici finanziari, chiamati ad eseguire la riforma federale. In più, tenendo presente che in Europa l'Italia è per cd. un sorvegliato speciale per la propensione dimostrata a violare la normativa comunitaria!

Un bel risultato, non c'è che dire, quello che si prepara per chi 23 anni fa, con lo slogan «meno spesa, meno tasse» si proponeva di abbattere il mostro delle «cento tasse degli italiani» . Ricordate il bel libro, per i tipi del Mulino, datato 1986, intitolato appunto *Le cento tasse degli italiani* ? E facile riportare alla memoria anche il nome degli autori. Lo studioso Giulio Tremonti insieme a Giuseppe Vitaletti.

Il Presidente della Repubblica ha detto del federalismo fiscale che è "ineludibile". Con tutto il rispetto, noto che si è formata della condensa attorno a quest'argomento.

Il fenomeno della condensa è patologico . Si chiacchiera di federalismo da oltre due decenni, ma oggi si fa sul serio! Addirittura c' è anche l'altra faccia del federalismo fiscale: il federalismo contrattuale, docet il Ministro Brunetta.

La condensa si accentua quindi .

Ultimamente il fenomeno ha assunto dimensioni di sistema , direi preoccupanti. Probabilmente a causa di una certa approssimazione con cui nel tempo si sono approcciati i problemi e si sono scelti i materiali, le tecniche costruttive e si sono anche poste in opera le soluzioni.

Se oggi stiamo ad affrontare il tema del federalismo fiscale in termini così dubbiosi , forse sarebbe il caso di fermarsi un momentino e di pensarci su nei 24 mesi di tempo che saranno concessi al Governo per emanare i decreti di attuazione della delega !

Posso avanzare una proposta? Prendiamoci un po' di tempo per sdrammatizzare i problemi e ridimensionare il tema del federalismo fiscale ad un diversivo a futura memoria.

Quelle che fornisco io, da tributarista, sono solo alcuni , di tanti possibili , spunti di impressione (non riflessione!) su quadro complessivo che presenta però evidenti caratteristiche di oscurità e di incertezza, come ha detto pure la Corte dei Conti.

Il federalismo fiscale certo non è il peggiore dei mali, ma sicuramente non è la migliore delle soluzioni. Questo federalismo può comportare pericoli che vanno opportunamente valutati, come, tanto per dirne alcuni, l'aumento della pressione

tributaria a fronte di un ulteriore scadimento dei servizi pubblici e degrado delle istituzioni e del senso civico , specialmente qui da noi.

Beninteso, ho voluto sottolineare le criticità per avvertire di alcuni rischi e cercare di eliminarli finché si è in tempo , se possibile.

**La disciplina delle misure di contrasto all'OPA ostile, fra stabilità degli assetti azionari e contendibilità del controllo**

di Luigi Scipione

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La nuova disciplina delle misure difensive nel quadro comunitario. - 3. La *passivity rule* tra vecchia e nuova disciplina. - 4. La nuova *breakthrough rule*. - 5. Il nodo della "reciprocità" e il meccanismo degli "accordi opzionali". - 6. Le regole di trasparenza. - 7. Conclusioni.

## 1. *Premessa.*

Con l'emanazione del d.lgs. n. 229 del 2007[1] è stata recepita anche nel nostro ordinamento la direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto che integra e modifica la disciplina dettata in materia dal nostro legislatore nella Parte IV, Titolo II, Capo II del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. T.U.F.).

Le nuove disposizioni innovano sotto diversi aspetti l'impianto normativo previgente, sia per il profilo sistematico che per quello dei contenuti precettivi. La scelta compiuta, in una prima fase, dal legislatore italiano in materia di *passivity rule* e di *breakthrough rule* è stata quella di rendere imperative entrambe le regole, imponendole direttamente nella legge piuttosto che lasciare agli statuti delle singole società la decisione in materia.

Tale soluzione è apparsa la più idonea per raggiungere, nella nuova cornice europea, un valido compromesso tra diverse esigenze concorrenti: *i*) quella di garantire la contendibilità del controllo societario; *ii*) quella di assicurare percentuali significative di consenso alle proposte degli amministratori; *iii*) quella di non pregiudicare qualsiasi possibilità di contrasto dell'offerta per le società con capitale diffuso e quindi più esposte alle scalate.

Sia pure con argomentazioni diverse, l'idoneità del nuovo *corpus* normativo a contemperare in maniera equilibrata i diversi obiettivi sopra richiamati è stata messa in discussione da parte della dottrina e degli ambienti interessati. Sul piano comparatistico, elevate si sono rilevate, infatti, le limitazioni imposte dalla normativa nazionale alle

[1] D.lgs. n. 229 del 19 novembre 2007, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* - Serie Generale n. 289 del 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 28 dicembre 2007.

capacità di difesa delle società italiane; limitazioni legittime e giustificate in contesti ordinari di mercato diversi da quello attuale.

In occasione dell'emanazione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (c.d. "decreto anticrisi")[2], si è pertanto ritenuto opportuno modificare il regime delle difese previsto dal nostro ordinamento, ribaltando in tal modo l'impostazione iniziale, per consentire più ampi margini di manovra alle società sotto scalata[3]. Per effetto del pacchetto di misure in materia di Opa contenuto nell'art. 13 (rubricato, per l'appunto, "Adeguamento europeo della disciplina in materia di Opa") del suddetto decreto (che ha modificato gli artt. 104, 104-*bis* e 104-*ter* del T.U.F.) sia la *passivity rule* che la *breakthrough rule* sono state "riconfigurate" non come obbligo di legge previsto dal T.U.F., ma come libera scelta delle società che potranno inserirle negli statuti per mantenere la contendibilità sul mercato. Del pari, sono stati modificati i sistemi di autorizzazione assembleare previsti dalle suddette regole per la realizzazione di eventuali misure di difesa.

Per compiere un'analisi più puntuale della normativa italiana, è parso tuttavia opportuno fare un passo indietro e partire da una sintetica descrizione della disciplina comunitaria in materia di misure anti-Opa.

## 2. *La nuova disciplina delle misure difensive nel quadro comunitario.*

Tra le principali novità introdotte dalla direttiva 2004/25/CE[4] particolare importanza rivestono le disposizioni che mirano ad indebolire le possibili misure difensive

[2] Si tratta del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, recante "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 280 del 29 novembre 2008 - S.O. n. 263/L, e convertito in legge n. 2 del 28 gennaio 2009, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 22 del 28 gennaio 2009 - S.O. n. 14.

[3] In tal senso v. Relazione illustrativa al d.l. 29 novembre 2008, n. 185, ove il fine apertamente dichiarato dal legislatore risulta quello di agevolare eventuali difese, a fronte di tentativi di acquisizione ostile delle principali società italiane, ed allineare così il nostro Paese alle soluzioni in vigore nei principali ordinamenti europei, ove è consentita maggiore libertà alle singole società nel definire il grado di apertura dei propri assetti proprietari.

[4] La direttiva 2004/25/CE sulle offerte pubbliche di acquisto, pubblicata in G.U.U.E. L 142 del 30 aprile 2004, 12, stabilisce misure di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, dei codici di condotta e degli altri regimi degli Stati membri, ivi compresi quelli emanati da organismi ufficialmente preposti alla regolamentazione dei mercati, riguardanti le offerte pubbliche di acquisto di titoli di una società di diritto di uno Stato membro, quando una parte o la totalità di detti titoli sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato, in uno o più Stati membri (art. 1). Al legislatore comunitario è apparso infatti necessario, conformemente all'art. 44, par. 2, lett. *g*), del Trattato, coordinare, al fine di renderle equivalenti in tutta la Comunità, talune garanzie che gli Stati membri esigono dalle società disciplinate dalle leggi di uno Stato membro ed i cui titoli sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato di uno Stato membro, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi (*considerando* n. 1). La direttiva evidenzia in questo senso (*considerando* n. 3) la necessità di creare un contesto chiaro e trasparente a livello comunitario per quanto riguarda i problemi giuridici da risolvere nel caso di offerte pubbliche di acquisto e prevenire distorsioni nei

a disposizione della società *target* per contrastare l'attività dell'offerente[5]. In relazione al momento in cui vengono adottate, tali misure possono essere distinte in "misure difensive preventive" (*pre-bid defences*)[6] e "misure difensive successive" (*post-bid defences*).

Le prime vengono di regola predisposte dalla società prima della promozione dell'Opa, al fine di dissuadere l'azione di eventuali scalatori e sono rappresentate dalle decisioni della società, dalle clausole statutarie o dagli accordi parasociali conclusi dai soci, che hanno l'effetto di ostacolare ogni futura Opa sulle azioni della società stessa. Le misure difensive successive vengono invece impiegate nel corso dell'offerta e consistono nelle decisioni deliberate dalla società per contrastare una scalata già in atto.

La direttiva contiene due norme che mirano ad indebolire l'uso di entrambi i tipi di difesa, considerati ugualmente dannosi per l'attività acquisitiva. Si fa riferimento alle disposizioni riguardanti *(i)* il ruolo da attribuire al consiglio di amministrazione in merito alle misure difensive da attuare durante l'Opa (la c.d. *passivity rule*) e *(ii)* la neutralizzazione delle barriere statutarie o contrattuali preesistenti all'offerta, che potrebbero ostacolarne il successo (la c.d. *breakthrough rule*).

Il legislatore comunitario ha lasciato ampia libertà di scelta agli Stati Membri consentendo loro di non rendere obbligatorie le due disposizioni (c.d. diritto di *opt-out*),

---

processi di ristrutturazione societaria a livello comunitario causate da diversità arbitrarie nelle culture di regolamentazione e di gestione.

[5] Secondo l'approccio «neoclassico», gli strumenti di difesa dovrebbero essere limitati il più possibile poiché riducono il numero di *takeovers* e, di conseguenza, l'efficienza allocativa del mercato: le tecniche di difesa sono viste come barriere che proteggono i *managers* dalla minaccia di scalate e accentuano i problemi di agenzia e gli incentivi a deviare da comportamenti ottimizzanti. Viceversa, secondo una diversa scuola di pensiero, i meccanismi di difesa possono essere utili come mezzo attraverso il quale gli azionisti di minoranza (che possono essere troppo numerosi per coordinarsi o agire con tempestività) delegano al *management* la facoltà di decidere se l'acquisizione è desiderabile o meno. Per un rapido sguardo alla letteratura straniera sul tema cfr. N. O'Sullivan e P. Wong, *Board Composition, Ownership Structure and Hostile Takeovers: Some UK Evidence*, in *Accounting and Business Research*, vol. 29, 1999, 139 ss.; J.F. Cotter, A. Shivdasani, e M. Zenner, *Do Independent Directors Enhance Target Shareholder Wealth During Tender Offers?*, in *Journal of Financial Economics*, vol. 39, 1997, 3 ss.; P. Holl e D. Kyriazis, *The Determinants of Outcome in UK Takeover Bids*, in *International Journal of Economics and Business*, vol. 3, 1996, 165 ss.; J.F. Cotter e M. Zenner, *How Managerial Wealth Affects the Tender Offer Process*, in *Journal of Financial Economics*, vol. 35, 1994, 63 ss., P. Eddey e R.S. Casey, *Directors Recommendations in Response to Takeover Bids: Do They Act in their Own Interests*, in *Australian Journal of Management*, vol. 14, 1989, 1 ss.; R. Walking, *Predicting Tender Offer Success: A Logistic Analysis*, in *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 20, 1985, 461 ss.

[6] L'esperienza deriva dagli Stati Uniti, ma nel nostro ordinamento non è stata salutata con favore la previsione di quelle misure definite preventive, quali le *poison pills* e gli *shark repellents.* Le tecniche di difesa preventiva, in effetti, presentano una particolare pericolosità per il fatto di essere adottate in un momento in cui non è pendente un'offerta e, dunque, quando i soci esterni potrebbero non percepire "l'effetto anti-*takeover*" della decisione che si accingono ad assumere. Sebbene ad oggi non sia stato condotto alcuno studio organico che analizzi in modo articolato le diverse tecniche preventive contro le acquisizioni in tutti i vari Stati membri, si rinvia ai contributi di D. Regoli, *Le tecniche difensive nelle Opa ostili (Riflessioni comparatistiche)*, Torino, 2004, 102 ss.; E. Desana, *Opa e tecniche di difesa (dalle misure difensive << successive >> a quelle << preventive >>)*, Milano, 2003, 226 ss.; B. Allen, *Acquisition Services, Executive Summary*, *Study on Obstacles to Takeover Bids in the European Community*, Bruxelles, dicembre 1989; *Barriers to Takeovers in the European Community*, Rapporto stilato per conto del ministero britannico del Commercio e dell'industria, 1989.

salva la facoltà per le società quotate di adottarle in via statutaria (c.d. diritto di *opt-in*). Inoltre, per il caso in cui si decida di introdurre le due regole, la direttiva ha riconosciuto ai singoli ordinamenti nazionali la possibilità di opporre la clausola di reciprocità (c.d. *reciprocity rule*), che consente alle società oggetto di un'Opa di attivare misure difensive altrimenti vietate ai sensi della *passivity rule* e della *breakthrough rule*, nei confronti di offerenti che non siano soggetti alle medesime regole.

Ciò malgrado, la direttiva risulta molto vaga, nel senso che offre diverse possibilità di interpretazione (*rectius*, attuazione): se ne può dare una stringente, così come è possibile accoglierne una allargata. Nello specifico, infatti, la direttiva pone sul tappeto, più o meno consapevolmente, quattro opzioni fondamentali. Nel trasporre la disciplina delle misure anti-scalata all'interno del proprio ordinamento gli Stati membri possono scegliere:

a) di prevedere come obbligatorie sia la *passivity rule* che la *breakthrough rule*;

b) di prevedere la *passivity rule* ma di non imporre la *breakthrough rule*;

c) di escludere la *passivity rule* e introdurre la *breakthrough rule*;

d) di escludere entrambe le regole.

Per giunta, come sopra illustrato, queste opzioni si moltiplicano per effetto della "reciprocità" che introduce un regime di derogabilità delle suddette misure.

### 3. *La passivity rule tra vecchia e nuova disciplina.*

La normativa italiana in materia di offerte pubbliche di acquisto si basa implicitamente su un approccio di stampo anglosassone. Al fine di evitare che gli amministratori possano ostacolare eventuali *takeovers*, più per proteggere le proprie posizioni di potere che per salvaguardare gli interessi dei piccoli azionisti, la legge italiana ha introdotto all'art. 104 T.U.F. una regola di passività degli organi direttivi, in assenza di una deliberazione assembleare funzionale alla concessione di un mandato a difendere la società.

Sebbene la direttiva comunitaria offrisse la possibilità di abolire i presidi normativi in tema di contendibilità societaria, il legislatore italiano ha optato per la massima apertura dei mercati, scegliendo di mantenere l'obbligatorietà dell'approvazione

assembleare per l'adozione degli strumenti di difesa[7] e confermando altresì, a tal fine, un *quorum* speciale del 30% "anche in seconda o in terza convocazione", peraltro non richiesto dalla direttiva[8].

Coerentemente con la finalità di tutela degli azionisti di minoranza cui la disciplina è sottesa[9], l'art. 104 T.U.F. stabilisce, infatti, che gli amministratori della società *target* non possano compiere atti od operazioni finalizzati a contrastare la scalata, "salvo autorizzazione dell'assemblea ordinaria o di quella straordinaria per le delibere di competenza"[10].

Come si è annunciato, a distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore della nuova disciplina, l'estensione dei poteri e dei limiti nell'ambito dei quali consentire alla società *target* di adottare comportamenti «difensivi» è stata oggetto di profonda

---

[7] Sul punto cfr. C. Mosca, *Commento sub art. 104*, in P.G. Marchetti e L.A. Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza. D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1999, 276 ss., ove l'A. contrappone il modello che attribuisce tale ruolo agli amministratori con il modello che restituisce centralità decisionale all'assemblea. Più in generale sul tema della *passivity rule*, cfr. le diverse posizioni di A. Tucci, *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*, Milano, 2003, 201 ss.; F. Vella, *La nuova* passivity rule *nella disciplina delle offerte pubbliche di acquisto: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banca, impr. soc.*, 2000, 159 ss.; L.G. Picone, *Le offerte pubbliche di acquisto*, Milano, 1999, 126 ss.; ed ancora, per un più ampio inquadramento della problematica, cfr. F. Portolano, *Un'analisi economica della* passivity rule *nel Testo unico della Finanza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 39 ss.; L. Enriques, *Quale disciplina per le acquisizioni ostili? Alcuni modelli teorici e la soluzione italiana*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 1999, 182 ss., in cui l'A. ipotizza gli effetti possibili di una regolamentazione minimale in caso di acquisizioni ostili, che permetterebbe di riconoscere agli amministratori poteri sufficienti per mettere in atto misure preventive difensive o in corso di Opa, prevedendo nel contempo un controllo pubblico, caso per caso, sul concreto esercizio di tale discrezionalità.

[8] Cfr. art. 9, par. 4, della direttiva. Il legislatore comunitario ha, sotto tale profilo, optato per la piena adesione al principio della *shareholder decision-making*, per il quale, in nome dell'efficiente distribuzione tra competenza deliberativa dei soci e competenza deliberativa degli amministratori, la decisione finale in merito ai comportamenti da assumere in caso di offerta pubblica di acquisto, lanciata sulle azioni della società, deve spettare agli azionisti, tenuto conto della posizione di conflitto in cui può venirsi a trovare il *management*. Per questi motivi, l'art. 9 stabilisce che l'organo amministrativo della società-*target*, se vuole attuare misure difensive in corso d'Opa (*post-bid defences*), è tenuto a convocare un'assemblea generale degli azionisti, affinché possa conferire loro un'autorizzazione alle operazioni od agli atti di difesa della società-bersaglio. Inoltre, la direttiva stabilisce che le decisioni prese prima dell'inizio del periodo di offerta e che attengono a misure potenzialmente dannose per il buon esito dell'offerta medesima, debbano essere esplicitamente approvate dall'assemblea, nel caso in cui non si iscrivano nel corso normale dell'attività sociale.

[9] Si tenga presente che in seguito all'emanazione del T.U.F., l'art. 104 è stato dapprima modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 37 del 6.2.2004, in seguito dall'art. 2 del d.lgs. n. 229 del 19.11.2007 e infine così sostituito dall'art. 13 del d.l. n. 185 del 29.11.2008. Occorre ricordare, peraltro, che il T.U.F., rispetto alla previgente disciplina in tema di *passivity rule* di cui all'art. 16 della legge n. 149/1992, ha operato una «vera e propria inversione di rotta», passando da una situazione di totale passività alla facoltà concessa ai soci di contrastare l'offerta ostile seppur a determinate condizioni.

[10] V. art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 229/2007, che apporta modifiche all'art. 104 del T.U.F. Anche in tale occasione, si individuano come destinatari del divieto direttamente la società le cui azioni sono oggetto dell'offerta e non gli amministratori. Non si è corretto, pertanto, quello che in dottrina è stato definito, senza dubbio alcuno, un "errore"; in tal senso cfr. M. Lisanti, *L'abrogazione della L.n. 149/1992 fra il Testo Unico della finanza e la prossima Direttiva UE sull'Opa*, in *Corr. giur.*, 1998, 466. Sul problema della competenza degli organi sociali in relazione alle scelte di comportamento dell'emittente, in caso di Opa ostile, cfr. A. Manzini, *Le tattiche difensive e la passivity rule*, in *Le offerte pubbliche di acquisto*, in *La nuova disciplina delle Opa nel Testo Unico della Finanza*, Il Sole 24 Ore, Roma, 2000, 50 ss.

rimeditazione[11]. Nel dettaglio, le modifiche all'attuale configurazione della *passivity rule* introdotte dall'art. 13 del d.l. n. 185 del 2008 consistono:

1) in primo luogo, nell'aver reso non necessaria l'autorizzazione dell'assemblea per lanciare operazioni volte a rendere più onerosa o meno conveniente un'acquisizione ostile, eliminando l'imperatività delle norme in *subjecta materia* e consentendo alle società scelte statutarie in tutto o in parte diverse (art. 104, co. 1, T.U.F.)[12];

2) in secondo luogo, nell'aver eliminato il *quorum* del 30 per cento, qualora la società emittente opti per l'inserimento della *passivity rule* nel proprio statuto (art. 104, co. 1-*bis*, T.U.F.).

Per effetto del combinato disposto degli artt. 104 T.U.F., 2368, co. 1, cod civ. e 2369, co. 4, cod, civ. si è indotti a ritenere che, ove la *passivity rule* sia reintrodotta in statuto, quest'ultimo possa comunque prevederne l'approvazione con maggioranze qualificate.

Coerentemente con la scelta di "superare" la *passivity rule*, è scomparsa dalla precedente formulazione dell'art. 104 la previsione di cui al vecchio comma 1-*bis*, inserita per effetto delle correzioni apportate dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (mirante a coordinare la riforma societaria con il T.U.F.), con cui si subordinava l'esercizio del diritto di voto riguardante le azioni c.d. "dormienti"[13] ad una duplice condizione: 1) l'avverarsi della circostanza individuata come condizione (nel caso di specie, il lancio dell'offerta pubblica di acquisto); 2) l'autorizzazione dell'assemblea all'adozione di misure difensive contro un'Opa ostile (*ex* art. 104 T.U.F.). Di conseguenza, le società italiane potranno

---

[11] Sia consentito segnalare che, in un primo momento, si era ritenuto opportuno, quale corollario necessario alle modificazioni prospettate, intervenire anche in materia di "misure di trasparenza dell'azionariato" al fine di conoscere tempestivamente modifiche nella compagine azionaria delle società quotate. Sul piano legislativo si tratterebbe di affidare alla Consob il compito di individuare, sulla base di criteri oggettivi e per un limitato periodo di tempo, le società per le quali abbassare sino all'1% la soglia di rilevanza per la comunicazione[11] attualmente stabilito per legge al 2%.

[12] Invero, la scelta di rendere opzionale la *passivity rule* rappresenta, peraltro, una soluzione che la Consob aveva già suggerito al Ministero dell'Economia in sede di attuazione della direttiva Opa. Sul recente dibattito sviluppatosi sull'argomento v. L. Enriques, *A dieci anni dal Testo Unico della Finanza: il ruolo delle autorità di vigilanza*, Intervento al convegno "Dieci anni di testo unico della finanza: bilanci e prospettive", Roma, 29 ottobre 2008, Università di Roma Tor Vergata, disponibile sul sito www.consob.it, 8, in cui l'A. individua negli elevati benefici privati del controllo la causa principale della diffusione di assetti proprietari non contendibili nel capitalismo nostrano. L'abbandono della *passivity rule* sarebbe, pertanto, solo un passo importante verso il riconoscimento di un siffatto "malessere". Per giunta, l'A. ritiene che, premesso che sono indubbi gli effetti anche positivi riconducibili al fenomeno delle Opa ostili, l'effetto di meccanismi come la *passivity rule* (nonché, incidentalmente, anche dei limiti alle deviazioni dal principio un'azione, un voto) può risultare quello "di spingere i soci di controllo verso un maggiore ricorso ai gruppi piramidali, alle partecipazioni reciproche o a forme di coalizione formali o informali, quali i patti parasociali".

[13] Si tratta di una particolare categoria di azioni che si rinviene nell'art. 2351, co. 2, cod. civ.; azioni che, pur essendo prive normalmente del diritto di voto, acquistano tale diritto al momento del lancio di un'offerta pubblica di acquisto.

liberamente introdurre nel proprio statuto una temibilissima misura di difesa che, sia pure con alcune significative differenze, richiama le *poison pills* note alla prassi americana.

A fronte delle modifiche inserite nel nuovo testo dell'art. 104 T.U.F., restano invece confermate le precedenti disposizioni in forza delle quali:

a) il periodo di efficacia della *passivity rule* decorre dalla mera comunicazione dell'offerta di cui all'art. 102, co. 1, T.U.F.[14] e fino alla chiusura della stessa ovvero fino a quando l'offerta non decada (art. 104, co. 1-*bis*, per. 2, T.U.F.)[15].

b) la mera ricerca da parte degli amministratori della società *target* di altre offerte "non costituisce atto od operazione in contrasto con gli obiettivi dell'offerta" (art. 104, co. 1-*bis*, per. 2, T.U.F.)[16];

c) nonostante l'autorizzazione concessa dall'assemblea, gli amministratori, i componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza e i direttori generali restano responsabili per gli atti e le operazioni compiuti (art. 104, co. 1-*bis*, per. 3, T.U.F.);

d) l'autorizzazione dell'assemblea è necessaria anche nei confronti delle misure difensive cosiddette "predisposte"[17], cioè di quelle misure assunte in un periodo nel quale la società non era soggetta a Opa, e "che non sono ancora state parzialmente o completamente approvate". Si dispone che anche tali operazioni siano soggette alla *passivity rule* unicamente qualora non rientrino "nel corso normale delle attività della società" e se la loro attuazione possa contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta (art. 104, co. 1-*ter*, T.U.F.).

Anche nel nuovo articolato il legislatore rifugge dalla tentazione di fornire una puntuale elencazione delle categorie di misure difensive vietate, riconoscendo agli

---

[14] Non si è invece avvalso il legislatore della possibilità, pur consentita dall'art. 9, par. 2, della direttiva, di anticipare l'obbligo di neutralità dell'organo amministrativo al momento in cui quest'ultimo venga a conoscenza della mera imminenza (e non ancora della comunicazione) dell'offerta. Scelta prudente, atteso che la (probabile) mancata indicazione di un simile termine da parte degli altri Stati membri avrebbe finito per indebolire le imprese italiane rispetto a quelle comunitarie, sul piano della "resistenza" ad eventuali acquisizioni. Secondo V. Salafia, *Il procedimento per il lancio di un'Opa*, in *Le società*, 1999, 396, la prima comunicazione (che l'Autore ritiene non dovuta, ma possibile) non priverebbe il soggetto che l'ha effettuata del potere di revocare l'offerta (se bene intendiamo: qualora cioè l'offerente dichiari espressamente l'irrevocabilità nella prima comunicazione *ex* art. 37, comma 1, reg. ovvero, comunque, essa provochi l'immediata applicazione della *passivity rule*). In senso contrario L.G. Picone, *op. cit.*, 21 e 68 s.; per completezza v. pure i rilievi mossi da F. Cannella, *Commento* sub *art. 103*, in P.G. Marchetti e L.A. Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza*, cit., p. 225; in senso dubitativo, cfr. M. Callegari, *Commento* sub *art. 102*, in G. Cottino (diretto da), *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Torino, 1999, 13.

[15] In merito cfr. *considerando* 16 della direttiva.

[16] Cfr. F.M. Mucciarelli, *White Knights and Black Knights – Does the Search for Competitive Bids always Benefit the Shareholders of "Target" Companies?*, in *European Company and Financial Law Review*, 3, 2006, 408 ss.

[17] Sul punto v. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le offerte pubbliche di acquisto – COM (2002).534, 2 novembre 2002. La Proposta originaria della Commissione prevedeva che gli Stati membri potessero consentire all'organo di amministrazione dell'emittente di emettere azioni nel periodo dell'offerta, previa approvazione dell'assemblea dei soci nei diciotto mesi precedenti l'offerta; questa previsione fu stralciata dal testo in sede di conciliazione, prima del voto finale del Parlamento.

amministratori un'ampia libertà di azione, limitata soltanto da un criterio di ordine teleologico (l'assenza di eventuali pregiudizi per l'esito dell'Opa). L'adozione di questo criterio risponde all'esigenza di vincolare i comportamenti degli amministratori nella misura effettivamente necessaria al perseguimento dell'unica finalità che giustifica la *passivity rule*, quella di non frustrare le aspettative dell'offerente e non penalizzare l'interesse dei soci a trarre vantaggio dall'offerta.

Risulta quindi evidente che la corretta individuazione dei limiti e dell'estensione dell'obbligo di astensione della società *target* di fronte al lancio di un'Opa sul suo capitale dovrà essere di volta in volta attentamente verificata, attraverso una comparazione tra gli obbiettivi dell'offerta e la potenzialità di contrasto degli atti e/o delle operazioni che l'organo amministrativo intende porre in essere[18].

Per giunta, la competenza dell'assemblea in questo campo si applica sia alle materie che già *ex lege* sono riservate all'organo assembleare, sia alle materie per le quali è ordinariamente competente l'organo amministrativo[19]. Il principio che impone il passaggio in assemblea *ex* art. 104 svolge, perciò, la funzione di rimettere agli azionisti la decisione sulla creazione o meno di ostacoli al cammino dell'offerente anche riguardo a quegli atti che potrebbero essere realizzati direttamente dagli amministratori, o perché naturalmente riconducibili all'attività di gestione propria dell'organo esecutivo o perché esiste già una delega dell'assemblea conferita prima dell'inizio dell'offerta.

## 4. *La nuova* breakthrough rule.

Nell'ambito delle norme volte a contrastare le tecniche di difesa preventive poste in essere dalla società bersaglio, la "*Regola di neutralizzazione*" prevista dall'art. 11 della

[18] Tale conclusione ha trovato espressa conferma nella Comunicazione Consob n. 99085578 del 19 novembre 1999 che ha sottolineato che «*sono da ritenersi certamente fuori dalla sfera di applicazione della norma gli atti meramente esecutivi di obbligazioni già assunte nei confronti di terzi prima dell'inizio del periodo di offerta*» come pure «*atti di cessione o acquisizione, [...] espressione di programmi compiutamente deliberati o addirittura avviati già in epoca precedente al lancio dell'"opa"*», purché la realizzazione di tali programmi precedentemente deliberati non richieda *«nella loro fase di attuazione successiva, nessun rilevante grado di discrezionalità (nemmeno, ad esempio, quanto al momento della loro attuazione) da parte degli amministratori della società bersaglio»* e che *«si tratti di decisioni* già rese note o, quanto meno, conoscibili dal pubblico degli investitori».

[19] Cfr. A. Tucci, Managerial passivity *e autorizzazione assembleare nella disciplina dell'Opa: riflessioni comparatistiche*, in *Dir. banc.*, 1999, p. 497 ss.; G. Minervini, *Opa, quorum e maggioranze per approvare le "azioni di contrasto*, in *Scritti in memoria di Pietro De Vecchis*, Roma, 1999, II, 617 ss. Tipici esempi delle suddette operazioni possono essere individuati nell'aumento del capitale sociale contemplato dall'art. 2443 cod. civ., nei contratti di particolare rilevanza firmati prima del lancio dell'offerta, la cui esecuzione potrebbe evidentemente svuotare di significato l'azione dell'offerente nelle azioni legali promosse contro l'offerente o, infine, nella possibilità di procedere all'acquisto già autorizzato di azioni proprie.

direttiva[20] è stata introdotta nell'ordinamento italiano dal nuovo art. 104-*bis* del T.U.F. ad opera dell'art. 2, co. 5, del d.lgs. 229/2007. Con un evidente capovolgimento di prospettiva, l'art. 13, co. 2, del d.l. n. 185 del 2008, pur lasciandone sostanzialmente invariato il contenuto, emenda l'art. 104-*bis* prevedendo che la regola di neutralizzazione operi solo qualora prevista nello statuto della società bersaglio.

La norma – applicabile alle Opa aventi ad oggetto titoli di società italiane quotate, "*ad eccezione delle società cooperative*" – ha lo scopo di eliminare quei meccanismi che possono costituire delle barriere all'acquisizione di azioni in una società (quali le restrizioni al trasferimento dei titoli) e all'esercizio di un controllo proporzionato nell'assemblea generale (ad esempio, limiti al diritto di voto)[21].

Ove introdotta nello statuto, la regola di neutralizzazione agisce in due momenti distinti. Nel dettaglio, l'art. 104-*bis*, co. 2, prevede, per il periodo di adesione all'offerta, la disapplicazione nei confronti dell'offerente, delle restrizioni – statutarie o contrattuali – attinenti il trasferimento dei titoli; e l'inefficacia, nelle assemblee generali che decidono sulle misure difensive successive disciplinate dall'art. 104 del T.U.F., delle limitazioni al diritto di voto previste dallo statuto o da accordi contrattuali sancendo così il principio "un'azione-un voto" e legittimando il voto anche dei titolari delle eventuali azioni prive di tale diritto.

Lo stesso principio si applica nella prima assemblea convocata dopo la chiusura dell'offerta per modificare lo statuto o per revocare o nominare gli amministratori o i componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza a condizione che l'offerente raggiunga, a seguito dell'Opa, "almeno il 75% del capitale con diritto di voto nelle suddette deliberazioni. Al comma terzo della norma in esame il legislatore ha infatti disposto per questa ipotesi l'inefficacia delle (a) "limitazioni al diritto di voto previste nello statuto o da patti parasociali" e di (b) "qualsiasi diritto speciale in materia di nomina o

---

[20] Il diritto societario vigente in ciascun paese membro prevede diverse tecniche, che possono essere utilizzate per mantenere il controllo di una società, per annullare un'Opa ostile o almeno rendere questa difficile. Per evitare condizioni disomogenee foriere di discriminazione tra Paesi membri, il legislatore comunitario prevede, a Opa lanciata, la neutralizzazione (*breakthrough rule*) ai fini del la deliberazione sulle tecniche difensive, di ogni restrizione ai diritti di voto e di proprietà risultante dallo statuto, che possono impedire all'offerente di acquisire i titoli della società emittente. Conformemente ai principi di neutralità dell'organo di amministrazione e di proporzionalità tra il capitale sottoscritto e il controllo, i possessori dei titoli devono poter esprimersi sull'Opa, senza essere legati da accordi statutari e contrattuali, concernenti il trasferimento di azioni o l'esercizio del diritto di voto, che sono stati accordati prima del lancio di questa. La direttiva prevede, inoltre, la neutralizzazione delle misure difensive – limitanti il trasferimento di titoli e il diritto di voto – in occasione della prima assemblea generale, che segue la chiusura con successo dell'Opa, quando l'offerente arrivi a detenere almeno il 75% del capitale con diritto di voto.

[21] Su questi profili v. ampiamente F.M. Mucciarelli, *Società per azioni e offerta pubblica di acquisto (Le difese successive contro offerte pubbliche d'acquisto di azioni quotate)*, Milano, 2004, in particolare 143 ss.

revoca degli amministratori e del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza previsto dallo statuto".

Al quarto comma dell'art. 104-*bis* è prevista un'eccezione: la regola di neutralizzazione non si applica con riguardo alle limitazioni statutarie al diritto di voto attribuito da azioni dotate di privilegi patrimoniali (ed è chiaro il riferimento alle azioni di risparmio e alla azioni privilegiate).

Per l'eventuale pregiudizio patrimoniale subito dai titolari dei diritti attribuiti prima del lancio dell'Opa e resi non esercitabili per effetto dell'applicazione della regola di neutralizzazione, il legislatore dispone a carico dell'offerente l'obbligo di corrispondere a tali soggetti un equo indennizzo, previa formale richiesta che deve essere presentata entro novanta giorni dalla chiusura dell'offerta ovvero dalla data dell'assemblea. In caso di mancato accordo, l'ammontare dell'indennizzo viene fissato dal giudice in via equitativa (art. 104, co. 5, T.U.F.).

In considerazione della norma dettata dall'art. 123, co. 3, T.U.F. (che, in pendenza di un'Opa, riconosce agli appartenenti ad un patto parasociale il diritto di recesso senza obbligo di preavviso[22]), il diritto all'indennizzo viene però escluso dal sesto comma dell'articolo in esame per coloro che, appartenendo ad un patto, abbiano già esercitato il recesso al momento dell'esercizio del diritto di voto.

Viene infine modificato il comma 7 del predetto articolo 104-*bis*, al fine di precisare che la salvaguardia delle disposizioni speciali applicabili nelle società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici, ai sensi del decreto-legge n. 332 del 1994, si riferisce, oltre che ai limiti di possesso azionario, anche ai limiti al diritto di voto che possono essere previsti negli statuti delle predette società[23].

## 5. *Il nodo della "reciprocità" e il meccanismo degli "accordi opzionali".*

Come anticipato nel §. 2, la versione definitiva della Direttiva contiene la previsione di un regime "opzionale" in ordine alla applicazione delle disposizioni contenute

[22] Secondo la relazione illustrativa, si è ritenuto di confermare la disposizione di cui all'art. 123, comma 3, del TUF, benché difforme dalla direttiva, dato il peso del modello coalizionale nel controllo delle società quotate italiane.

[23] Comma così modificato dall'art. 13 del d.l. n. 185 del 29.11.2008 che ha inserito le parole "e al diritto di voto".

negli artt. 9 e 11, in grado di sterilizzarne la forza cogente[24]. Segnatamente, infatti, l'art. 12 ammette la possibilità per i singoli Stati a) di rimettere alle sole scelte statutarie l'applicazione delle due summenzionate regole in caso di Opa. Alternativamente, è parimenti consentito renderle obbligatorie, b) subordinandone però l'applicazione nel caso concreto alla condizione di reciprocità (vale a dire a condizione che l'offerente sia a sua volta tenuta a rispettarle) o, ancora, c) senza alcuna condizione di reciprocità.

A ragion del vero, la citata disposizione non appare formulata in modo da consentire un'applicazione equilibrata, che tenga conto sia dell'eccezionalità che caratterizza la norma derogatoria e sia dell'obiettivo della progressiva armonizzazione tra gli ordinamenti dei diversi Stati membri. Giova, inoltre, sottolineare che la condizione di reciprocità sembra porre notevoli problemi applicativi che, verosimilmente, si risolveranno in situazioni di grande incertezza. Tali problemi - in larga parte legati alla nozione di "equivalenza" - appaiono incompatibili con la celerità e la certezza che è necessario assicurare in materia di Opa, specie nella fase di studio della sua fattibilità da parte del potenziale offerente. La regola della reciprocità rappresenta, quindi, non già una clausola che si riferisce a specifici comportamenti, quanto piuttosto un meccanismo di uniformità che si riferisce all'esistenza nei singoli ordinamenti nazionali di norme che disciplinano la derogabilità della *passivity rule* e della regola di neutralizzazione.

La presenza in alcuni Paesi di barriere tecniche preventive alle Opa ha fatto sì che il legislatore delegato si sia orientato, in sede di attuazione della direttiva, sulla posizione *sub* b) (art. 104-*ter* T.U.F.), in modo da "ovviare all'eventuale differente grado di contendibilità dell'offerente e della società oggetto di offerta"[25].

---

[24] Sul piano sistematico l'impostazione che ne potrebbe scaturire non è, in effetti, dissimile da quella che si osserva in assenza di regolamentazione armonizzata, dato che non se ne impone l'introduzione nei Paesi destinatari, bensì se ne concede un recepimento differenziato. In breve, l'unico filo conduttore sarebbe rappresentato dal ricorso ad un'ampia autonomia statutaria. Sul punto si vedano le dure critiche di M. Becht, *Reciprocity in Takeovers*, in *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, a cura di Ferrarini, Hopt, Winter e Wymeersch, Oxford, 2004, 647 ss. Tale impostazione è il risultato di un accordo politico sul documento del Consiglio del 28 novembre 2003, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on takeover bids – General Approach* (*Interinstitutional File 2002/0240 COD*). La soluzione accolta nella stesura definitiva della Direttiva favorisce indubbiamente comportamenti protezionistici e conseguenti ritorsioni. Questo scenario contrasta palesemente con le esigenze di "reciprocità" e di "simmetria" tra gli ordinamenti nazionali.

[25] Secondo F.M. Mucciarelli, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'OPA*, cit., 838, la filosofia sottostante alla disposizione comunitaria è, in sostanza, quella di permettere "duelli ad armi pari", condizione che si verifica "non tanto se lo Stato o l'autonomia statutaria non prevedono la << neutralizzazione >>, quanto se in concreto la singola società non adotta difese preventive". Più in generale cfr. M. Becht, *Reciprocity in Takeovers,* cit., 661 ss.; L. Enriques, *EC-Company law Directives and regulations: How trivial are they*, in *Un. Pen. J. Int. Ec. Law*, 2005, 80 ss.

Secondo la formulazione dell'art. 104-*ter* del T.U.F., rivisitata a seguito delle novità introdotte dal "decreto anticrisi"[26], la regola di reciprocità opera solo nell'eventualità in cui la *passivity rule* e la *breakthrough rule* siano previste dagli statuti della società. Nel dettaglio, al primo comma si precisa che le disposizioni di cui agli artt. 104, commi 1-*bis* e 1-*ter* e 104-*bis*, commi 2 e 3, non si applicano in caso di offerta pubblica promossa da chi non è soggetto a tali disposizioni o a disposizioni equivalenti, ovvero da una società o ente controllata da quest'ultimo. In merito a tale ultima fattispecie, si tenga presente, infatti, che se l'offerta proviene da una società non quotata non si può invocare la reciprocità, a meno che l'offerente sia controllato a sua volta da soggetti quotati. A seguire, si precisa che in caso di offerta promossa di concerto è sufficiente che a tali disposizioni non sia sottoposto anche uno solo fra gli offerenti.

Rispetto alla versione originaria viene abrogato, per tener conto dell'eliminazione del *quorum* del 30% in tema di *passivity rule*, il secondo comma dell'art. 104-*ter* che estendeva l'applicazione della clausola di reciprocità anche alle regole per l'approvazione della delibera assembleare[27]. Tale ultima disposizione disciplinava il caso di "equivalenza parziale" nell'applicazione della *passivity rule*, che si verificava laddove, sebbene l'offerente applicasse detta regola, l'assemblea fosse costituita e deliberasse secondo *quorum* meno rigorosi di quelli richiesti dall'allora art. 104, co. 1, T.U.F. In tale situazione veniva consentito all'emittente, pur non disapplicando l'art. 104, di deliberare misure difensive con i *quorum* ordinari stabiliti dagli artt. 2368 e 2369 del codice civile per l'assemblea ordinaria e straordinaria con le maggioranze previste.

Non subisce, per contro, modifiche il terzo comma dell'art. 104-*ter*, secondo cui spetta alla Consob valutare, su istanza dell'offerente o della società emittente ed entro venti giorni dalla presentazione di questa, se le disposizioni applicabili allo scalatore siano equivalenti a quelle cui è soggetta la società emittente[28].

La clausola di reciprocità, peraltro, continua a non operare automaticamente. Resta sostanzialmente invariato, infatti, anche l'ultimo comma dell'art. 104-*ter*, ove si

---

[26] L'art. 104-*ter* del T.U.F. è stato introdotto con il d.lgs. n. 299 del 2007, per effetto del recepimento dell'art. 12, commi 3, 4 e 5 della direttiva, e da ultimo sostituito dall'art. 13, co. 3, del d.l. n. 185 del 2008.

[27] Solleva sospetti di illegittimità comunitaria sulla formulazione dell'art. 104-*ter* del T.U.F. M. Lamandini, *Legiferare per "illusione ottica"? Opa e reciprocità "italiana"*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, I, 240 ss.

[28] Si affida, dunque, alla Consob la valutazione dell'equivalenza fra gli statuti della società emittente e offerente; secondo la relazione illustrativa, «sembra questa l'unica alternativa a rimettere la valutazione sulla reciprocità ai soli azionisti di maggioranza per il tramite degli amministratori.». Restano tuttavia seri dubbi in merito al giudizio di equivalenza che l'Autorità di vigilanza è chiamata a formulare con riguardo alle misure contemplate nell'ordinamento o nello statuto dell'offerente. In altri termini, ci si interroga se debba trattasi di una valutazione di tipo meramente "letterale" ovvero se, come si ritiene più corretto, occorra compiere un esame di carattere prevalentemente "sostanziale".

stabilisce che qualsiasi misura adottata dalla società emittente in virtù di quanto disposto al comma 1 deve essere espressamente autorizzata (*rectius*, "formalizzata") dall'assemblea[29], in vista di una eventuale offerta pubblica, nei diciotto mesi anteriori alla comunicazione della decisione di promuovere l'offerta ai sensi dell'art. 102, co. 1, T.U.F. Fermo quanto previsto dall'art. 114, tale autorizzazione è tempestivamente comunicata al mercato. Pare, dunque, non essere pretermesso il diritto degli azionisti di decidere nel merito dell'offerta. Si ritiene necessario, però, che in tal caso la deliberazione debba definire perlomeno con un certo grado di dettaglio i contorni della misura che si intenderà attuare qualora la società sia bersaglio di un'Opa ostile[30].

### 6. *Le regole di trasparenza.*

La complessa disciplina in materia di difese anti-Opa non appare tuttavia in grado di eliminare tutte le barriere che impediscono il trasferimento del controllo. Il raggiungimento di questo scopo comporterebbe l'introduzione di limitazioni generali dell'autonomia contrattuale e organizzativa delle imprese, restrizioni che sarebbero difficilmente accettabili per gli Stati membri e, in ogni caso, proponibili solo nel contesto di una direttiva di armonizzazione del diritto commerciale.

Per tali ragioni, il legislatore europeo si è preoccupato perlomeno di migliorare la trasparenza imponendo di rivelare i meccanismi difensivi preesistenti, riguardo all'esistenza cioè di eventuali restrizioni statutarie e contrattuali al trasferimento dei titoli e dei diritti di voto, ai contratti stipulati dalla società e sul cui esito può incidere il mutamento del controllo della stessa, nonché ad eventuali clausole *golden parachutes*[31].

---

[29] Per tener conto delle modifiche apportate agli artt. 104 e 104-*bis*, nella versione emendata del quarto comma dell'art. 104-*ter* viene eliminato il riferimento all'assemblea "straordinaria", nella parte in cui l'ultimo comma prevedeva che l'autorizzazione di ogni misura idonea a contrastare l'offerta adottata in virtù della clausola di reciprocità dovesse essere deliberata dall'assemblea convocata in forma straordinaria.

[30] È di questa opinione F.M. Mucciarelli, *L'attuazione della direttiva opa nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2008, 3, I, 469.

[31] Sull'introduzione nello statuto di clausole che hanno l'effetto di ridurre "l'appetibilità" della società per eventuali scalatori cfr. R.J. Gilson, *The Case Against SharK Repellents Amendments: Structural Limitations on the Enabling Concept*, in *Stan. L. Rev.*, 34, 1982, 775 ss.; Id., *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, in *Stan. L. Rev.*, 33, 1981, 843 ss. Sul tema delle partecipazioni reciproche o circolari (spesso cementate da patti parasociali) come strumento di separazione tra proprietà e controllo si segnalano in letteratura i contributi di L. Bebchuck, R. Kraakman e G. Triantis, *Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash Flow Rights*, in R.K. Morck (a cura di), *Concentrated Corporate Ownership*, Chicago-London, 2000, 295 ss.; S. Bragantini, *Un varco nelle "piramidi" del capitalismo*, in *Il Corriere della Sera*, 26 febbraio 2006, 10; G. Minervini, M. Bianchi e L. Enriques, *Dalle piramidi ai conflitti di interesse*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 agosto 2001, 7. In particolare, sull'effetto involontario (di incentivare il ricorso alle piramidi e alle partecipazioni incrociate

Si tratta, come è evidente, di nuovi obblighi di informazione posti a carico di tutte le società che abbiano titoli negoziati nei mercati regolamentati, a prescindere dalla pendenza di un'offerta pubblica d'acquisto. In tale contesto, tuttavia, la previsione del terzo paragrafo dell'art. 10 della direttiva non è pienamente condivisibile; essa prevede che l'assemblea generale degli azionisti si pronunci almeno ogni due anni sugli aspetti strutturali e sui meccanismi di difesa della società.

Con l'art. 123-*bis* T.U.F. il legislatore introduce anche nell'ordinamento italiano obblighi di maggiore trasparenza in tema di strutture difensive chiedendo, affinché possano essere opposte all'offerente, che esse *i)* siano pubblicate in modo dettagliato ed esauriente in un'apposita sezione della relazione annuale sulla gestione (oltre all'obbligo dover essere aggiornate nel corso dell'anno) e che *ii)* vengano sottoposte al giudizio dell'assemblea generale "almeno ogni diciotto mesi, con il dovere preliminare del consiglio di amministrazione di dichiarare le ragioni di tali aspetti strutturali e dei meccanismi difensivi"[32].

Il comma 2 dell'art. 123-*bis* prevede, inoltre, che le informazioni richieste dal comma 1 possano figurare in una relazione distinta pubblicata congiuntamente alla relazione sulla gestione, permettendo che in alternativa la relazione sulla gestione possa indicare la sezione del sito web dell'emittente ove tali informazioni si trovano pubblicate[33].

## 7. *Conclusioni.*

La regolamentazione dell'Opa si sforza di contemperare la protezione di diverse aree di interesse, che alla disciplina di tale istituto sono sottese e che non sempre sono tra loro coincidenti: la protezione degli azionisti minoritari, la contendibilità del controllo, la stabilità della gestione.

---

piuttosto che favorire la contendibilità delle società europee) delle soluzioni proposte nel *Report of the High Level Group of Company Law Experts*, v. L. Enriques, *In tema di difesa contro le Opa ostili*, cit., 110.

[32] A differenza di quanto prevede l'art. 10, ult. co., della direttiva, quando specifica che l'organo di amministrazione è tenuto a presentare all'assemblea una relazione esplicativa sugli assetti proprietari della società, il legislatore ha ritenuto non necessario riprodurre una simile previsione, poiché già contenuta con riferimento alla relazione sulla gestione.

[33] Sul perché di tale scelta nella Relazione al decreto di recepimento, p. 8, si specifica che "la direttiva 2006/46/CE (...) prevede, all'articolo 1, comma 7, che nella relazione sulla gestione venga inserita una sezione sulla *corporate governance*, nella quale, tra l'altro, dovranno essere riportate le informazioni di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/25". Per giunta - prosegue la relazione – "poiché la direttiva 2006/46/CE prevede anche che dette informazioni figurino in una relazione distinta dalla relazione sulla gestione, si è aggiunto il comma 2".

Con le direttive cosiddette di "nuova generazione" sono state superate contrapposizioni che ritardavano l'armonizzazione delle regole su questioni decisive per l'integrazione dei mercati, tra cui le offerte pubbliche di acquisto. Le soluzioni raggiunte nei diversi ordinamenti nazionali riflettono delicati equilibri tra esperienze e strutture di mercato profondamente diverse[34].

Di fronte all'internalizzazione del contesto di riferimento, la direttiva sull'Opa ha di fatto lasciato agli Stati la scelta finale sui tre punti più rilevanti: la *passivity rule*, la regola di neutralizzazione di patti di sindacati e di intese precedenti all'offerta e la clausola di reciprocità. L'armonizzazione solo apparente da tale fonte richiesta alle normative degli Stati membri, visti i limiti sopra descritti, porta a ritenere che difficilmente saranno agevolate forme di aggregazione transfrontaliere, attesa la permanenza di un panorama europeo caratterizzato dalla scarsa contendibilità del mercato per il controllo societario e, quindi, dall'assenza di un reale *level playing field*. In luogo di un'apertura dei mercati interni "in condizioni di parità regolamentare", la direttiva incentiva la possibilità di intraprendere operazioni di consolidamento transfrontaliero, piuttosto che su parametri di convenienza industriale e finanziaria, principalmente per ragioni di mero arbitraggio regolamentare[35].

Il faticoso superamento delle asimmetrie normative, che a tutt'oggi attentano al principio della libera circolazione dei capitali ed all'efficace funzionamento dello stesso mercato economico e finanziario[36], ripropone l'esigenza di riconsiderare in sede europea le questioni rimaste aperte.

---

[34] Cfr. K.J. Hopt, "*European Takeover Regulation: Barriers to and Problems of Harmonising Takeover Law in the European Community*" in *European Takeovers Law and Practice*, Butterworths (London) 1992; R. Pardolesi - A. Portolano, *All'ombra delle Piramidi. Appunti su Opa, governo societario e concorrenza tra ordinamenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2001.

[35] Cfr. G.B. Portale - U. Tombari, *Opa transnazionale e decentramento delle strutture di governance*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, II, p. 295 ss.; M. Benedettelli, *"Corporate governance", mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, p. 713 ss.; F. Seatzu, *Le Opa nel diritto internazionale privato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 730 ss. Il fenomeno delle offerte pubbliche di acquisto transfrontaliere (*cross-border take-over*) solleva inevitabili dubbi interpretativi, atteso che le legislazioni statali in tema risultano spesso molto differenziate, data la varietà degli interessi in gioco e dato il diverso equilibrio che siffatti interessi possono trovare, anche e soprattutto in ragione dei differenti modelli di *governance* adottati negli ordinamenti coinvolti.

[36] La Commissione europea, mettendo sotto accusa gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali, ha ribadito in più occasioni un indirizzo di sempre dell'Europa, riconfermato di volta in volta dalla Corte di Giustizia. Si pensi, in particolare, alla battaglia intrapresa dalla Corte di Giustizia europea contro il diffuso ricorso da parte dei governi nazionali a norme/pratiche illegali, quali quella della *golden share*. La legislazione di alcuni paesi membri garantisce la possibilità di godere di diritti speciali nelle società privatizzate, in virtù di interessi generali superiori. La Commissione, considerando pertanto le *golden share* restrizioni di diritto pubblico, propone implicitamente, come meccanismo di neutralizzazione, l'utilizzo di procedure di in frazione e di valutazioni caso per caso.

Dal punto di vista degli interessi specifici del nostro Paese, elevate erano sino a ieri le limitazioni imposte dalla normativa nazionale – in linea di massima, più restrittive di molti altri Paesi europei – alle capacità di difesa delle società contro Opa ostili; limitazioni legittime e giustificate, come si è ripetutamente sottolineato, in contesti ordinari di mercato[37]. D'altro canto, l'intero disegno riformatore delineato dal T.U.F. trovava nell'obiettivo di promuovere la contendibilità del controllo delle società quotate uno dei principi ispiratori. Si era allora in presenza di una scelta controversa, frutto di una linea pro-mercato, poi confermata in sede di recepimento della direttiva sull'Opa.

La nuova configurazione della *passivity rule* e della *breakthrough rule*, delineata con il d.l. n. 185 del 2008, è invece il frutto di una mutata dimensione operativa in cui il legislatore italiano colloca il fenomeno delle Opa. Si riconosce, in altri termini, che gli atti e le operazioni che la società *target* pone in essere con finalità difensive non possano più essere considerati semplicemente come meri artifici di disturbo (come tali, da impedire in ogni modo), ma, al contrario, che essi possano rispondere a reali e condivisibili interessi delle imprese e del mercato di fronte alla proposizione di un'Opa promossa con intenti meramente speculativi.

Pertanto, la possibilità di introdurre la regola di passività e quella di neutralizzazione solo attraverso il cd. *opting-in* statutario[38] sortisce, inevitabilmente, l'effetto di rendere meno contendibili le società italiane, con l'aggravante però di ritorcersi contro la stesse, quando assumano i panni dello scalatore. In tal caso, infatti, la società *target* potrà invocare la reciprocità e, dunque, disapplicare a sua volta le suddette regole[39]. Con il risultato, su un palcoscenico più ampio, di ridurre il numero complessivo di possibili acquisizioni.

---

[37] I tentativi di introdurre misure difensive come il voto limitato nel caso Edison-Elf o *golden share* sono stati frustrati dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia perché contrarie al Trattato.

[38] Cfr. R. Sabbatini, *Le regole sull'Opa? Decide lo statuto*, in *Il Sole 4 Ore*, 21 giugno 2006; ID., *Opa italiana: il progetto del Tesoro per adeguarsi alla direttiva Ue*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 giugno 2006. Peraltro, nello Schema di disegno di legge per l'"Attuazione della direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto" del giugno 2006, si prevedeva l'aggiunta all'art. 104 della previsione secondo cui "Gli statuti delle società italiane quotate possono derogare, in tutto o in parte, alle disposizioni dei commi 1, 1-*bis* e 2, limitatamente ai casi di offerte pubbliche di acquisto o scambio parziali, diverse da quelle previste all'art. 107, ovvero di offerte pubbliche di scambio totalitarie, in cui il contante non sia offerto in alternativa ai prodotti finanziari" (comma 4). Come corollario della disposizione in esame si prevedeva, inoltre, che "Le società comunicano le deroghe approvate ai sensi del comma 4 alla Consob e alle autorità di vigilanza in materia di offerte pubbliche di acquisto degli Stati membri in cui i loro titoli sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato o in cui è stata chiesta tale ammissione. Fermo quanto disposto dall'art. 114, tali deroghe sono altresì tempestivamente comunicate al pubblico secondo le modalità previste ai sensi del medesimo articolo" (comma 5).

[39] In tal senso v. F.M. Mucciarelli, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'Opa*, cit., 834. L'A. ricorda che l'*opt-in* statutario "è possibile anche in maniera disgiunta, nel senso che le società possono decidere di introdurre l'una o l'altra (ndr. la *breakthrough rule*) alternativamente, o le due assieme".

Oltretutto tale soluzione si pone in netto contrasto anche con l'obiettivo di garantire la protezione degli azionisti di minoranza poiché, da un lato, rimette la decisione circa il grado di contendibilità della società nelle mani dei soci di controllo e, dall'altro, favorisce una "blindatura legislativa" degli organi direttivi[40].

Basti pensare che, in assenza di *opting-in* statutario in relazione alla regola di neutralizzazione, i membri dei patti di sindacato non potranno più esprimersi liberamente nelle assemblee chiamate a varare misure difensive contro le Opa ostili, ma dovranno obbedire ad eventuali indicazioni vincolanti contenute negli stessi patti parasociali.

Il Testo Unico della Finanza perde, dunque, carattere imperativo risultando in definitiva una mera regola di *default*. Se pertanto questo è lo scenario ipotizzabile, sarebbe stata forse soluzione più saggia da parte del legislatore quella di circoscrivere l'ambito di tali modifiche a vicende di particolare rilievo e per periodi predeterminati[41].

[40] In fondo - va opportunamente rilevato - la regola della passività risultava già depotenziata per effetto della norma sulla reciprocità che, come si è illustrato, consente di attivare misure difensive anche senza approvazione degli azionisti, quando lo scalatore non rispetta le stesse regole in casa propria.

[41] Cfr. S. Bragantini, *Troppa protezione fa male*, in *Il corriere della Sera*, 29 novembre 2008, 43; G. Rossi, *Nuova Opa a difesa dei potentati*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 dicembre 2008, 40, in cui l'A., con accesa *vis polemica*, sostiene che le nuove regole sono in realtà al sevizio di una "inamovibile stabilità", espressione di un'ideologia protezionistica in ragione della quale "gli enti e le società diventano << di sistema >> ed anche la contabilità diviene un << fantasma di sistema >>".

**La prelazione artistica sui beni culturali di proprietà privata**

di Armando Calogero

**Sommario**:

**I. Premessa** - **1.** Il regime giuridico dei beni culturali privati – **2.** Il profilo civilistico e il momento solidaristico della valorizzazione ad iniziativa privata – **3.** Il fondamento costituzionale dei poteri pubblici.

**II. La prelazione artistica** - **1**. La fattispecie e le finalità. – **2.** La natura giuridica. – **3.** I presupposti: tipologie negoziali sottoposte a prelazione. – **3.1.** Il vincolo "culturale", notificazione e trascrizione. – **4.** Le condizioni della prelazione. – **4.1.** Il termine per l'esercizio della prelazione. – **4.2.** La natura recettizia del provvedimento di prelazione. – **4.3.** Il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato – **4.4.** La non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione. – **4.5.** La facoltà di recesso dell'acquirente. – **4.6.** Il limite temporale della prelazione in caso di denuncia omessa o tardiva ovvero incompleta.

**III. La nullità degli atti di alienazione** - **1.** La violazione dell'art. 164.

**IV. Il procedimento di prelazione** - **1.** La motivazione dell'atto – **2.** Il procedimento dello Stato: comunicazione di avvio, denuncia dell'atto di trasferimento, adozione del provvedimento e sua notifica, impegno contabile. – **3.** Il procedimento degli Enti territoriali locali.

**V. Le conseguenze dell'esercizio della prelazione - 1.** Gli effetti e il contratto di locazione precedentemente concluso – **2.** Il rapporto obbligatorio tra l'alienante e lo Stato: la determinazione del prezzo **– 2.1.** Il pagamento del prezzo.

**VI. I beni culturali mobili** - **1.** La prelazione sui beni culturali mobili.

**VII. Questioni processuali** - **1.** Il riparto di giurisdizione, il litisconsorzio necessario e la legittimazione all'impugnativa.

## I. Premessa

### 1. Il regime giuridico dei beni culturali privati

I beni di proprietà privata aventi lo *status*, secondo le norme del "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (in prosieguo solo Codice) [1], di "beni culturali"[2] sono sottoposti ad un regime giuridico limitativo della libera circolazione[3] che prevede, in caso di alienazione tra privati, il potere di prelazione dello Stato[4] (in subordine della Regione o della Provincia o del Comune ) che, ove esercitato, determina l'acquisizione dei beni in mano pubblica e la caducazione dell'atto di trasferimento.

Tale prelazione c.d. artistica [5] risulta applicabile anche ai beni culturali pubblici[6], ma assume maggiore rilevanza in relazione ai beni culturali privati sia perché per

---

[1] Il Codice, emanato con DLgs 22 gennaio 2004 n. 42, disciplina il settore dei beni culturali regolando il patrimonio culturale della nazione (art. 9 Costituzione) in maniera unitaria e in un concetto ampio comprensivo sia dei beni culturali veri e propri che dei beni paesaggistici. Il Codice ha abrogato il T.U. 29 ottobre 1999, n. 490 che aveva da poco interamente rivisto la disciplina dei beni culturali stabilendo la contemporanea abrogazione delle disposizioni previgenti. Il riordino della materia da parte del Codice, a distanza di poco tempo dal riassetto del T.U. 490/1999, si era reso necessario dopo l'approvazione della legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della Costituzione, che aveva innovato sulla distribuzione delle competenze Stato- Regioni-Enti locali in tema di beni culturali (competenza esclusiva dello Stato in ordine alla tutela e competenza concorrente Stato- Regioni in ordine alla valorizzazione). Successivamente il Codice è stato rimaneggiato per ben due volte. Una prima volta, a distanza di due anni dalla sua emanazione, con i Decreti Legislativi 24 marzo 2006 n. 156 e 157 ed una seconda volta, a distanza di ulteriori due anni, con i recenti Decreti Legislativi 26 marzo 2008 n. 62 e 63. A. Mansi, La tutela dei beni culturali e del paesaggio, Cedam, Padova, 2004, pag. 120 e ss..;

[2] Il bene privato diventa culturale in forza di un provvedimento amministrativo che ne accerta la qualità "culturale" e che ha carattere recettizio, ai sensi dell'art. 15 del Codice, per cui deve essere notificato al proprietario e produce i suoi effetti dalla data della notifica. In particolare il provvedimento deve contenere la dichiarazione dell'interesse culturale, ai sensi dell'art. 13 del Codice, a conclusione del procedimento di cui al successivo art. 14. Il bene, sebbene vanti dall'origine le caratteristiche e la rilevanza del bene culturale, acquista tale *status* solo con la dichiarazione ex art. 13 e con la sua notificazione al proprietario, con conseguente applicazione da questo momento della disciplina del Codice e di una compressione alla libera disponibilità. Esso è oggetto di una disciplina funzionalizzata alla tutela e alla conservazione della memoria storica della comunità nazionale per gli stessi motivi per i quali il legislatore assegna allo Stato la tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali in mano pubblica. Questi ultimi sono anche essi sottoposti ad un procedimento di verifica dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del Codice, con emissione di un provvedimento conclusivo analogo a quello rilasciato per i beni privati. Tuttavia per i beni pubblici sussiste la presunzione di culturalità e solo a seguito di esito negativo dell'accertamento viene meno il regime giuridico speciale ad essi applicato. AA.VV., Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pag. 66 e ss..; Massimo Plasmati, La negoziazione dei beni culturali, in Saggi, Contratti e Impresa, pag. 774 e ss.; Tiziana Autieri, Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, Maggioli, 2007, pag. 161 e ss.

[3] Cioè della possibilità di vendita dei beni culturali e del libero trasferimento di essi dall'uno all'altro soggetto giuridico in forza di negozi giuridici legali (tipici) o volontari (atipici) ovvero la loro alienabilità e trasmissibilità.

[4] Altre forme di acquisto privilegiate dallo Stato si considerano: l'acquisto all'esportazione (art. 70 Codice), l'acquisto dei beni ritrovati nel sottosuolo o sui fondali marini (art. 91 Codice), l'espropriazione (art. 95 Codice). Infra al n. 3.

[5] Per distinguerla dalle altre figure di prelazione legale previste dal Codice Civile.

l'alienazione dei beni culturali pubblici il momento fondamentale è costituito dall'autorizzazione da parte del Ministero[7] sia perché la prelazione sui beni culturali privati viene a comprimere in maniera incisiva gli spazi dell'autonomia privata costituzionalmente garantita[8].

Nel Codice la distinzione fondamentale dei beni culturali viene fatta in relazione all'appartenenza: 1) sono considerati beni culturali pubblici quelli appartenenti a soggetti pubblici (Stato, Regioni, Enti territoriali, altri Enti pubblici) o a Enti privati senza scopo di lucro (ivi compresi gli Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti)[9]; 2) sono beni culturali privati quelli appartenenti a persone fisiche o a società commerciali.

La distinzione si riflette sul tipo di regime giuridico ad essi applicabile e più specificatamente sulla disciplina differenziata in merito all'alienazione dei beni culturali appartenenti a privati e ad Enti pubblici.

I beni culturali in mano pubblica sono considerati beni demaniali (c.d. demanio culturale) se appartengono allo Stato, alle Regioni, e agli Enti pubblici territoriali e se rientrano nelle tipologie indicate nell'art. 822 c.c.; mentre sono considerati beni patrimoniali indisponibili (art. 826 c.c.) ovvero disponibili se appartengono allo Stato e agli Enti pubblici territoriali o a qualsiasi Ente pubblico. [10]

I beni del demanio culturale sono assolutamente inalienabili.[11]

Gli altri beni culturali appartenenti ad Enti pubblici o Enti senza scopo di lucro possono essere alienati previa autorizzazione rilasciata dal Ministero[12], nonché successiva denuncia dell'atto di vendita all'Autorità competente, che, ove ricorrono i presupposti, può esercitare la prelazione.

---

[6] La prelazione può essere esercitata, oltre che nei confronti dei beni culturali di proprietà dei privati, anche nei confronti di quelli appartenenti ad Enti pubblici : Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923.

[7] Infatti i beni culturali pubblici possono essere alienati solo a seguito di autorizzazione da parte del Ministero. Successivamente l'atto di trasferimento dovrà essere denunciato all'autorità competente che ha il potere di esercitare la prelazione. M.A. Sandulli, Codice dei beni culturali e del paesaggio, Giuffrè, Milano 2006, pag. 417 e ss.

[8] La prelazione viene a comprimere, attraverso l'acquisto privilegiato attribuito allo Stato (o altro Ente pubblico territoriale interessato), il potere riconosciuto ai singoli dall'ordinamento giuridico di regolare autonomamente i propri interessi nel campo del diritto privato – A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Cedam, Padova, 2004 Infra n. 3.

[9] Modifica apportata dal DLgs 62/2008 al comma 1 dell'art. 10 del Codice.

[10] M. Pasmati, op. cit., pag. 773; P. Virga, Diritto Amministrativo, I, Milano, pag. 287 e ss; A.M. Sandulli, Voce Beni culturali, in Enc. Dir., pag. 277.

[11] Il DLgs 62/2008 ha modificato il comma 1 dell'art. 55 del Codice facendo coincidere il demanio culturale con le tipologie dei beni indicate nell'art. 822 c.c. e limitando l'inalienabilità assoluta ai soli beni elencati nel comma 1 dell'art. 54. Anteriormente a tale modifica l'inalienabilità era estesa anche ai beni precisati nel comma 2 dell'art. 54. AA.VV., Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pag. 163 ess.; M.A. Sandulli, op. cit. pag. 405 e ss.

[12] M.A. Sandulli, op. cit., pag. 417 e ss.; M. Pasmati, op. cit., pag. 786.

I beni culturali appartenenti ai privati sono alienabili senza necessità di alcuna autorizzazione ministeriale, fermo restando l'eventuale esercizio della prelazione dello Stato o di altro Ente pubblico territoriale interessato.[13]

L'art. 10, comma 3, del Codice individua come beni culturali in mano privata:

a. le cose immobili e mobili che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante;

b. gli archivi e singoli documenti appartenenti a privati, che rivestono un interesse storico particolarmente importante;

c. le raccolte librarie appartenenti a privati, che rivestono un eccezionale interesse culturale;

d. le cose immobili e mobili a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria, della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;

e. le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che, per tradizione fama e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico.

La differente disciplina per i beni culturali pubblici e privati, in caso di alienazione, si fonda sulla presunzione del legislatore che l'appartenenza pubblica sia la condizione migliore per garantire il fine pubblico della tutela e conservazione, nonché della fruizione sociale dei beni culturali e dell'arricchimento intellettivo della collettività.[14]

L'assunto è condiviso dalla giurisprudenza secondo cui la proprietà pubblica assolve meglio al compito, cui è funzionalizzata , di provvedere alle esigenze pubbliche di utilizzazione collettiva e di conservazione effettiva dei beni[15].

Al privato invece sono imposti obblighi più per la conservazione che per la fruizione collettiva dei beni culturali.

Il proprietario solo in alcuni casi (beni immobili o collezioni o serie riconosciute di eccezionale interesse culturale o beni restaurati con il contributo dello Stato) è obbligato a concordare con l'Amministrazione le modalità di visite pubbliche.

---

[13] G. Perrella – S. Marino, Prelazione Artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse, in I contratti, 2007, fasc. 7 pag. 703 e ss.

[14] M. Cammelli, Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Bologna, Il Mulino, 2007, pag. 247 e ss; P. Monteleone, La disciplina dei vincoli al trasferimento dei beni culturali in ambito nazionale, in Il Nuovo Diritto, fasc. 10 – 11, pag. 815 e ss.

[15] Cons. Stato, Ad. Gen., 13 luglio 1989, n. 59, in Cons. Stato, 1991, I, 1072 e ss.

Non sono mai accessibili i beni mobili "individui" dei privati, salvo atto di liberalità.

La presunzione che la funzione propria del bene culturale (fruizione e conservazione) possa essere meglio assicurata dall'appartenenza del bene ai pubblici poteri, avrebbe potuto indurre il legislatore a sottrarre i beni culturali dalla sfera giuridica patrimoniale dei privati.

Ha invece preferito limitare le facoltà del diritto dominicale e gli interessi dei singoli cittadini, imponendo vincoli alla proprietà dei beni.

La legge, quindi, in ordine ai beni culturali privati ha mirato più che alla fruizione al contemperamento delle esigenze pubbliche con le facoltà connesse al contenuto della proprietà[16].

In tale contesto si inseriscono le forme di acquisto privilegiate, come la prelazione.[17]

La rilevanza di tale istituto nelle vicende circolatorie dei beni culturali e alcune recenti modifiche apportate alla sua disciplina, da ultimo ad opera del DLgs 62/2008, danno occasione per uno studio sistematico della prelazione artistica che tenga conto degli orientamenti attuali della dottrina e della giurisprudenza in materia.[18]

Tuttavia per meglio inquadrare la problematica, oggetto della presente ricerca, appare opportuno procedere alla trattazione dell'istituto subito dopo[19] aver tentato un approccio con la tematica "bene culturale",, perno della normativa limitativa e della disciplina di settore[20], al fine di approfondire l'aspetto privatistico e l'attività socialmente utile dell'iniziativa privata nell'ambito della sua configurazione giuridica, fortemente contrassegnata dalla funzione sociale che l'ordinamento riconosce al bene avente la qualificazione di "culturale"[21].

---

[16] M. Cammelli, op. cit., pag. 249 e ss.

[17] P. Monteleone, op. cit., pag. 824, secondo il quale nel contesto si collocano anche l'acquisto coattivo in caso di esportazione e l'espropriazione.

[18] L'istituto trova la sua specifica collocazione negli artt. 60,61 e 62 del Codice, che ha per lo più mantenuto l'assetto disciplinare impresso dal T.U. 490/1999 previgente, ma con rilevanti modifiche. Sono state poi apportate significative modifiche con il DLg. 156/2006, cui sono seguite ulteriori modifiche con il DLg 62/2008.

[19] Infra al II, n. 4 e ss.

[20] Come precisato sopra (nota n. 1) il Codice detta la disciplina della materia con riferimento al patrimonio culturale (art. 2). Ma si tratta di un principio unificatore del settore in quanto nella nozione di patrimonio culturale il Codice ricomprende i beni culturali in senso stretto (cioè i beni che presentano interesse artistico, storico, archeologico e bibliografico o comunque considerati dalla legge quali testimonianze di civiltà) e il paesaggio (cioè i beni che costituiscono espressione di valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio).

[21] L'espressione "beni culturali" fu adottata per la prima volta dalla "Commissione Franceschini" di cui alla legge 24.04.1964, n. 310 e fu codificata con la legge istitutiva del Ministero dei Beni Culturali ed ambientali (D.L. 14.10.1974, n. 657, convertito in legge 29.01.1975, n. 5), nonché utilizzata nella legislazione successiva. Il DLgs 31.03.1998, n. 112 ha poi dato la definizione di beni culturali (indicandone in astratto le caratteristiche) recepita dal Codice.

Come pure si impone, in via preliminare, una riflessione sul fondamento costituzionale dei poteri pubblici sui beni culturali privati[22] limitativi della libera disponibilità, tra cui spicca l'acquisto privilegiato della Pubblica Amministrazione.

## 2. Il profilo civilistico e il momento solidaristico della valorizzazione ad iniziativa privata.

Lo statuto normativo per le cose di proprietà privata di interesse culturale viene fissato nell' art. 839 c.c. che opera un espresso rinvio "alle disposizioni delle leggi speciali"[23], in particolare a quelle all'epoca vigenti della legge 1089/1939[24].

L'art. 839 c.c. inserito tra le norme di carattere generale in tema di proprietà, dove è specificato il contenuto del diritto ex art. 832 c.c., pone in evidenza che il bene culturale privato non viene sottratto alla disciplina privatistica, ma che le disposizioni del Codice Civile vanno raccordate con quelle della legge speciale, dando risalto all'intento del legislatore di attuare un contemperamento tra interessi privati ed esigenze pubblicistiche.[25]

In particolare la norma di cui all'art. 839 c.c. vuole indicare che il bene avente la qualifica di "culturale", nonostante debba soggiacere alle disposizioni della legge speciale, mantiene il regime di diritto privato, onde non perde la sua idoneità ad essere oggetto di diritti da parte di terzi e la sua alienabilità e trasmissibilità.[26]

La proprietà su di esso è comunque una proprietà normale.[27]

L'art. 839 c.c. però, attraverso il rinvio alle disposizioni della legge speciale,sposta il profilo giuridico del bene culturale verso una dimensione pubblicistica.

Il che, anche se non altera la relazione di appartenenza del bene culturale (conservato nella proprietà preesistente e di massima nella disciplina di diritto privato) lo sottopone contemporaneamente ad una disciplina pubblicistica (per la rilevanza sociale e

---

[22] Infra al n. 3.
[23] Analogo rinvio è disposto dal Codice Civile negli artt. 828 e 830 per quanto riguarda i beni culturali pubblici dello Stato, degli Enti pubblici territoriali e degli altri Enti pubblici.
[24] La disciplina speciale dei beni culturali è stata contenuta prevalentemente nella legge 1089/1939 fino alla riunificazione delle norme in materia ad opera del T.U. 490/1999 e poi del D.Lgs. 42/2004 recante il Codice.
[25] F. Toschi Vespasiani, in Rassegna di diritto civile, 2003 fasc. 1-2, pag. 34 e ss.
[26] T. Alibrandi – P. G. Ferri, I Beni Culturali e Ambientali, Milano, 1995, pag. 24; G. Palma, I Beni d'interesse pubblico e contenuto della proprietà, Napoli, pag 239 e ss.
[27] C. Fabbricatore – A. Scarpa, La circolazione dei beni culturali, Giuffrè Editore, 1998, pag. 11 e ss.

di fruizione collettiva), che si sovrappone a quella che il bene stesso ha a prescindere dalla qualificazione giuridica di "culturale".

Questo aspetto particolare conferisce ai beni culturali una connotazione tra pubblico e privato e costituisce l'elemento fondamentale per la loro giusta configurazione giuridica.

Tuttavia la collocazione dei beni culturali nell'ambito del diritto privato, come oggetto di un diritto riconducibile all'art. 832 c.c.[28], senza tenere conto del particolare *status* del bene, cozza contro la previsione di cui all'art. 839 c.c. che contiene comunque una limitazione di carattere pubblicistico attraverso il rinvio alla legge speciale.

A ragione quindi la dottrina maggioritaria[29], pur non negando che i beni culturali soggiacciono anche ad una disciplina civilistica, insiste sulla dimensione pubblicistica mettendo in evidenza la loro particolare funzionalizzazione all'interesse pubblico alla luce della disciplina dettata dalla legge speciale.

Una volta spostata la collocazione in ambito pubblicistico, i poteri pubblici sui beni culturali dei privati sono stati variamente definiti : limitazioni del dominio; compressione del diritto di proprietà; vincoli a carattere pubblicistico.

Sennonché queste concezioni se evidenziano l'appartenenza dei beni ai privati e la compressione della proprietà privata, non tengono conto della funzionalizzazione dei beni all'attuazione dell'interesse pubblico, né tengono conto dell'appartenenza funzionale al patrimonio culturale della nazione (art. 9 Costituzione) indipendentemente dall'appartenenza sia pubblica che privata[30].

Per comprendere in un'unica categoria i beni culturali pubblici e privati, aventi la stessa funzionalizzazione, è stata quindi elaborata per essi la nozione di beni di interesse pubblico[31].

Ma tale nozione trascura il fatto che per i beni dei soggetti pubblici a regime demaniale e del patrimonio indisponibile è riservata una condizione giuridica del tutto particolare e non assimilabile agli altri beni culturali.

In conseguenza si è pervenuti ad una nuova configurazione (in termini unitari) dei beni culturali maggiormente condivisa dalla dottrina[32].

---

[28] C.M. Mazzoni, Aspetti civilistici della tutela dei beni culturali, in Riv. crit. dir. priv., pag 393; G. Palma, op. cit. pag 239 e ss.
[29] T. Alibrandi – P.G. Ferri, op. cit., pag. 20 e ss.
[30] M.R. Cozzuto Quadri, La circolazione delle cose d'arte, Napoli, 1997, pag. 14.
[31] A.M. Sandulli, Beni Culturali in Enc. Dir., 1959, pag. 279; G. Palma, op. cit., pag. 239 e ss.
[32] M.S. Giannini, I Beni Culturali, in Riv. Trim. dir. pubblico, 1976, pag. 20 e ss.

Tale costruzione unitaria si ricollega alla distinzione tra cosa e bene giuridico[33] ossia fra un'entità che forma parte del mondo fisico e la sua attitudine a soddisfare un interesse umano ed essere qualificata e disciplinata dal diritto.

La cosa che costituisce il supporto del bene culturale è oggetto di una doppia qualificazione giuridica: in relazione alla sua appartenenza e come possibile oggetto di diritti reali o obbligatori essa è un bene patrimoniale disciplinato dal Codice Civile; in quanto portatrice di un valore culturale (quale qualità attinente al bene) è un bene culturale assoggettato alle norme pubblicistiche speciali che mirano alla sua conservazione e alla sua fruizione a favore della collettività.

In sostanza nella stessa entità materiale (in cui si fonde il bene culturale) coesistono due valori della cosa: quello economico (oggetto di diritti e obbligazioni) e quello culturale (costituito dall'interesse culturale riconosciuto).

Oggetto dei poteri della Pubblica Autorità è la sua qualità culturale e non la sua utilità patrimoniale spettante naturalmente al proprietario, pubblico o privato chiunque esso sia.

In tale ottica il bene culturale è un bene immateriale in quanto il valore culturale che attribuisce la qualificazione giuridica al bene è un valore immateriale[34].

L'immaterialità costituisce poi un ulteriore elemento unificante della categoria unitariamente considerata.

Ora tale costruzione ha il pregio di porre in evidenza il profilo del collegamento all'interesse pubblico (da cui discende la qualità culturale che assoggetta la cosa – l'oggetto fisico – al regime giuridico particolare), spostando la rilevanza del bene culturale su un piano superiore a quello prettamente patrimoniale privatistico al fine di comporre il conflitto tra pubblico e privato.

Ma non tiene conto che nel bene culturale confluiscono due ordini di interessi (aspettative dei soggetti privati ed esigenze pubblicistiche) che non sono necessariamente in antitesi[35].

In particolare non pone attenzione al fatto che la disciplina giuridica in materia per il miglioramento degli strumenti di tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali richiede sempre più la collaborazione dei privati cittadini.

---

[33] S. Pugliatti , Beni mobili e immobili, Milano, 1967, pag. 192.

[34] L'immaterialità viene a connotare il bene culturale sovrapponendosi al profilo commerciale della cosa, comportando limitazioni al diritto di proprietà e alla circolazione. Tuttavia il Codice agli artt. 10 e 11 prende in considerazione e disciplina come beni culturali solo cose materiali (entità del mondo fisico).

[35] F. Toschi Vespasiani, op. cit., pag. 310.

Infatti il Codice guarda alla cooperazione con i soggetti privati per favorire la loro partecipazione nell'acquisizione di maggiori risorse e per consentire e promuovere il loro consenso nella gestione dei beni culturali.

La valorizzazione ad iniziativa privata, secondo l'art. 111, comma 4, del Codice, è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale.

Gli artt. 111, 112, 113, 114, 115 e 116 si possono annoverare tra le norme del Codice che danno applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale[36], riconosciuto dalla Costituzione, e stanno a significare che la normativa di settore si affida per la politica sui beni culturali anche sull'assunzione di iniziative e responsabilità da parte dei soggetti privati.

La collaborazione dei privati costituisce un aspetto privatistico preordinato funzionalmente dalla Costituzione e dal Codice alla valorizzazione dei beni culturali.

Essa dunque è il momento individuale orientato costituzionalmente, in termini di funzionalizzazione, al momento sociale, ponendosi come superamento del conflitto tra interessi privati e interessi pubblici[37].

E' in tale ottica che la stessa proprietà privata è orientata costituzionalmente verso risultati utili alla collettività in quanto assolve ad una funzione sociale (art. 42 Costituzione)[38].

## 3. Il fondamento costituzionale dei poteri pubblici.

La disciplina prevista dal Codice in ordine ai beni culturali pone dei significativi limiti alle tradizionali facoltà del diritto di proprietà sia in relazione al diritto di fruire dei beni sia in relazione al diritto di alienare i beni, giungendo fino all'azzeramento del diritto di proprietà, allorché titolare del diritto sui beni sia un soggetto privato.

Tali vincoli incidono sul contenuto del diritto di proprietà così come riconosciuto dall'ert. 832 del Codice Civile : "diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"[39] (sebbene nei limiti fissati dall'ordinamento giuridico).

---

[36] Il principio di sussidiarietà orizzontale è riconosciuto dall'art. 118, comma 4, della Costituzione. Esso è enunciato espressamente nell'art. 4 della Legge 59/1997 e nuovamente enunciato nell'art. 3, comma 5, del D. Lgs. 267/2000 (T.U. sull'ordinamento degli Enti locali)

[37] A. Iannelli, La proprietà Costituzionale, Napoli, 1980, pag. 253 e ss.

[38] Infra al n. 3

In particolare sui proprietari gravano doveri e divieti allo scopo di garantire l'integrità fisica dei beni da possibili fattori negativi esterni (artt. 20-28 Codice), per salvaguardarli da situazioni e/o azioni negative onde assicurarne la tutela a vantaggio delle generazioni future (artt. 29-44 Codice).

Si tratta di pregnanti obblighi di *facere* a carico dei proprietari che rendono i beni culturali gravati da obbligazioni *in rem*[40].

Inoltre la Pubblica Amministrazione può limitare il libero e pieno utilizzo dei beni da parte dei proprietari imponendo loro di astenersi da interventi che possono arrecare danno ovvero obbligandoli ad assumere determinati comportamenti.

In tal caso alla Pubblica Amministrazione è attribuito il potere volto a conformare e regolare, anche attraverso provvedimenti amministrativi[41], diritti e comportamenti dei privati inerenti il patrimonio culturale (art. 3 Codice)[42].

In alcuni casi i poteri pubblici non sono finalizzati alla tutela dei beni culturali (integrità fisica e conservazione per le generazioni future), bensì per evitare fenomeni di depauperamento e di dispersione del patrimonio culturale nel suo insieme[43].

Si tratta di strumenti di controllo attribuiti alla Pubblica Amministrazione per imporre limiti alle alienazioni dei beni culturali (artt. 53-64 Codice, relativi alla circolazione

---

[39] L'art. 832 c.c. individua in astratto le facoltà proprietarie ripartendole in maniera esaustiva fra due categorie: potere di godimento e potere di disposizione. Il potere di godere concerne la facoltà del proprietario di trarne godimento da tutte le utilità che la cosa è in grado di dare, ivi compresi i frutti. Il potere di disporre concerne la facoltà del proprietario di porre in essere tutti gli atti di circolazione consentiti all'autonomia privata ( oltre all'alienazione della cosa, la costituzione di usufrutto, di servitù, nonché la locazione, il pegno, ecc.). I termini di "pieno ed esclusivo" indicano il contenuto normale del diritto di proprietà, allorché non vi siano limiti di legge (vincoli sui beni culturali) e/o limiti convenzionali (contratto di pegno, di comodato, ecc.). A. TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile, CEDAM, Padova, 2004, pag. 519.

[40] Infatti i proprietari privati sono, ad esempio, tenuti a garantire la conservazione dei beni culturali (art. 30 del Codice) e devono assicurare, qualora si tratti di beni di eccezionale interesse culturale, la fruizione collettiva, secondo le modalità di visita concordata tra il proprietario e il soprintendente (art. 104 del Codice). Inoltre, poiché per tali sacrifici non è previsto alcun indennizzo a favore del titolare del bene culturale, queste obbligazioni sono considerate "naturali" per i beni in esame. F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, edizione Scientifica Italiana, Napoli, 1998, pag. 206. G. Volpe, Manuale di legislazione sui beni culturali, CEDAM, Padova, 2005, pag. 195.

[41] Ad esempio, il Ministero, con proprio provvedimento, può disporre il divieto di esportazione, per un periodo determinato, per i beni privati per i quali, anche se manca la dichiarazione di interesse culturale ex art. 13 del Codice, sia necessario impedire l'uscita perché dannosa per il patrimonio culturale (art. 65, comma 2, lettera b) del Codice).

[42] Si tratta del c.d. potere conformativo della Pubblica Amministrazione. Sulla base di una specifica disposizione di legge, la Pubblica Amministrazione ha il potere di modellare giuridicamente in senso limitativo il diritto di proprietà, in modo tale da realizzare il contemperamento dell'interesse privatistico con l'interesse pubblico della collettività. Espressione di tale potere è, ad esempio, il provvedimento del Ministero che impone al proprietario (possessore o detentore a qualsiasi titolo) gli interventi necessari per assicurare la conservazione dei beni culturali (art. 32 del Codice). Gli atti conformativi si distinguono da quelli espropriativi in quanto: a) producono sempre un effetto privativo delle facoltà del destinatario del provvedimento; b) non possono sconfinare nell'effetto acquisitivo del diritto di proprietà; c) non comportano l'obbligo della corresponsione di un indennizzo da parte della Pubblica Amministrazione. Sentenza della Corte di Cassazione n. 5175/1978 – Sentenza Corte Costituzionale n. 5/1980

[43] G. Clemente di San Luca, Manuale di diritto dei beni culturali, Jovene, Napoli, 2005, pag. 266.

dei beni culturali in ambito nazionale) o alle esportazioni degli stessi (artt. 65-87 Codice, relativi all'uscita o all'ingresso dei beni culturali dal o nel territorio nazionale).

In tali casi all'Autorità Amministrativa è riconosciuto il diritto di acquisire coattivamente i beni culturali privati trasferendoli in mano pubblica (prelazione –art. 60; acquisto coattivo all'esportazione – art.70; espropriazione – art. 95 Codice) [44].

Sostanzialmente ablatorio (ma con caratteri diversi dall'espropriazione), come meglio si dirà in seguito, è il provvedimento amministrativo con il quale si esercita la prelazione, come riconosciuto dalla Corte di Cassazione, dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, nonché dalla dottrina maggioritaria[45].

Tenuto conto dei poteri pubblici in campo culturale, occorre riflettere sulla legittimità costituzionale dei vincoli imposti ai beni culturali privati, ivi compresi i limiti alla loro libera circolazione e all'azzeramento del diritto dominicale.

In particolare occorre stabilire se le norme del Codice, che li prevedono, trovano fondamento direttamente nella nostra Costituzione e se essi sono compatibili con il diritto di proprietà privata costituzionalmente garantito.

La norma della Costituzione che determina l'intervento pubblico in campo culturale è quella contenuta nell'art. 9, che espressamente tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Tale articolo si pone inequivocabilmente come"principale referente normativo circa la misura e gli obiettivi dell'intervento culturale pubblico"[46].

Esso introduce il valore culturale nel novero dei principi costituzionali che rappresentano il nucleo centrale dei fini-valori accolti dalla carta costituzionale, in quanto traducono sul piano giuridico le istanze basilari della comunità civile e sono il prodotto dell'evoluzione storica affermatasi nella Costituzione.

In conseguenza il riconoscimento nel dettato costituzionale della tutela del "patrimonio storico e artistico della Nazione" deve intendersi come affermazione dell'esigenza di tutelare il patrimonio spirituale e culturale della collettività, cioè l'insieme dei valori che animano la comunità.

---

[44] Tali acquisizioni sono espressione del potere di supremazia della Pubblica Amministrazione, attribuito in base ad una specifica norma di legge, di emettere provvedimenti ablatori, che sacrificano i diritti dei privati cittadini. I c.d. atti ablatori reali sono quelli con cui l'Autorità amministrativa per motivi di interesse pubblico sacrifica il diritto di proprietà del privato determinando l'azzeramento del diritto dominicale in capo al destinatario, previa corresponsione di un indennizzo (es. espropriazione). Per la dottrina dominante (Pugliatti) tali atti ablatori sono da inquadrare nella categoria dei trasferimenti coattivi.

[45] Cass. 17.2.1976, n 514; Cass. 17.1.1985, n 117; Cass. 8.2.1982, n 720; Cons. Stato, IV, 8.4.2002, n 1089; Cons. Stato, 706/2003; Corte Cost. 20.6.2005, n 269, in F.I., 1996, I, 807. Infra al II, n 2.

[46] A. AIMES, Cultura e Politica. Il modello Costituzionale, CEDAM, Padova, 1992.

Il che significa che a livello costituzionale l'interesse culturale riceve l'esplicito riconoscimento di interesse collettivo e può essere considerato come uno dei valori sui quali poggia l'attuale organizzazione della comunità nazionale.

Inoltre il valore culturale, in quanto interesse collettivo fondamentale riconosciuto dall'art. 9 della Costituzione, contiene per ciò stesso un profilo solidaristico che si collega all'art. 42 della Costituzione[47], di cui si dirà a breve.

Alla luce di tali considerazioni i diritti e i poteri dello Stato che impongono pregnanti vincoli in tema di circolazione dei beni culturali (ivi compreso l'azzeramento del diritto di proprietà), sebbene costituiscano un rilevante privilegio attribuito alla Pubblica Amministrazione, trovano fondamento nell'art. 9 della Costituzione e si giustificano in relazione al fine (cui è tenuta l'Autorità pubblica) di salvaguardare beni, facenti parte del patrimonio culturale della Nazione, ai quali sono connessi interessi collettivi primari per la vita del Paese[48].

Ma il potere della Pubblica Amministrazione sul bene culturale non può non determinare un conflitto fra l'interesse pubblico (sociale) e l'interesse privato, dal momento che colui che è proprietario del bene trova il riconoscimento del suo diritto nell'art. 42 della Costituzione.

Sicché, essendo la tutela del patrimonio culturale nazionale (art. 9 Cost.) e la tutela della proprietà privata (art. 42, comma 1, Cost.) due valori fondamentali costituzionalmente garantiti, il superamento del conflitto fra interessi privati e interessi pubblici può aversi solo in forza di un principio unificatore contenuto nella stessa Costituzione.

La norma della Costituzione che contiene tale principio unificatore e quindi il superamento del conflitto pubblico-privato è quella contenuta nell'art. 42, comma 2, dove si afferma che la legge determina i limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la "funzione sociale".

La consacrazione a livello costituzionale della "funzione sociale" legata al diritto di proprietà è il risultato di un processo storico evolutivo che ha portato negli ultimi tempi a concepire lo Stato moderno secondo forme sempre più sociali e ad attenuare la rigida impronta individuale del diritto dominicale e quel suo carattere assoluto, che si collega al

---

[47] G. PALMA, Bene di interesse pubblico e contenuto della proprietà, Casa editrice Jovane, Napoli, 1971, pag. 247.

[48] Sentenza Corte Costituzionale n. 269/1995 che ha ritenuto l'istituto della prelazione culturale, che presenta indubbiamente i caratteri del provvedimento ablativo, compatibile con il rispetto dell'autonomia negoziale privata in quanto trova nell'art. 9 della Costituzione il suo fondamento.

diritto romano e al Codice di Napoleone, nonché allo spirito borghese - liberale e al pensiero giuridico anteriore all'entrata in vigore dell'attuale Costituzione.

La funzione sociale però non va intesa nella sua accezione tecnica di dovere del titolare del diritto di tutelare interessi altrui.

La proprietà privata, secondo la Costituzione, che rinvia alla legge per i modi di acquisto e di godimento (art. 42, comma 2), e secondo l'art. 832 c.c. che ne determina estensione e contenuto, è un istituto riconosciuto per il soddisfacimento dell'interesse del suo titolare e del bisogno di libertà insito nell'uomo.

Tuttavia la concezione individualistica del diritto di proprietà, come diritto "pieno ed esclusivo" (art. 832 c.c.), è temperata dalla funzione sociale che la proprietà deve assicurare e che è il profilo solidaristico di collaborazione sociale, che collega l'art. 42 all'art. 9 della Costituzione.

La collaborazione sociale richiede poi che il diritto di proprietà sia sottoposto a limiti in presenza di un interesse pubblico (sociale) da soddisfare.

In conseguenza la norma costituzione in questione va intesa non solo nel senso che la proprietà è attribuzione di un bene al titolare del diritto per il suo interesse e quale affermazione della sua libertà, ma anche nel senso che, dovendo il bene assolvere ad una funzione sociale, questa è assicurata con i limiti al diritto di proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione[49].

Tuttavia l'intervento di funzionalizzazione non può arrivare al punto di non permettere l'identificazione dell'istituto nelle sue linee essenziali.

In altri termini non possono introdursi in nome della funzione sociale così tante limitazioni da azzerare l'essenza stessa della proprietà privata.

Il procedimento di avocazione dei beni privati in mano pubblica è comunque previsto dall'art. 42, comma 3, della Costituzione, dove si legittima lo Stato, nei casi stabiliti dalla legge, a procedere all'espropriazione dei beni di proprietà privata per motivi di interesse generale e salvo indennizzo.

In conclusione l'art. 42 della Costituzione legittima la Pubblica Amministrazione ad imporre vincoli sui beni e addirittura a determinarne la privazione (trasferimento coattivo a favore dello Stato), quando l'interesse pubblico (sociale) lo richiede.

In particolare per quanto riguarda il bene culturale il limite al diritto di proprietà sul bene, che legittima a livello costituzionale il potere pubblico ad intervenire per la sua tutela sia conformando le facoltà proprietarie sia azzerando il diritto dominicale, è la sua

[49] A. TRABUCCHI, istituzione di Diritto Civile, CEDAM, Padova, 2004, pag. 517.

stessa qualità, quale interesse pubblico (sociale) artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico [50].

## II. La prelazione artistica.

### 1. La fattispecie e le finalità.

La prelazione artistica è disciplinata all'interno del capo IV (Titolo I, Parte Seconda) del Codice emanato con D.Lgs. 42/2004[51], relativo alla circolazione dei beni culturali in ambito nazionale, e specificatamente agli artt. 60, 61, 62.

L'istituto mantiene, con modifiche significative, il regime giuridico tracciato dalla legislazione previgente e si completa con la "denuncia di trasferimento" di cui all'art. 59, la cui funzione è preordinata all'esercizio della prelazione.

Gli artt. 59, 60, 61 e 62 hanno successivamente subito modifiche da parte del D. Lgs. 156/2006 e gli artt. 60 e 62 ulteriori modifiche ad opera del D. Lgs. 62/2008[52].

In particolare la prelazione artistica è regolata secondo il seguente schema:

a) Il proprietario (o detentore) è tenuto a denunciare al Ministero gli atti che trasferiscono in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o la detenzione dei beni culturali (art. 59);

b) Nel caso di alienazione a titolo oneroso il Ministero (o la Regione o altro Ente pubblico territoriale interessato) ha la facoltà di acquistare il bene in via di prelazione al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione (art. 60);

c) La prelazione deve essere esercitata entro sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia (art. 61).

Lo Stato (o l'Ente territoriale) ha quindi il potere di intervenire in una vicenda traslativa tra privati per acquistare il bene culturale caducando il negozio di alienazione validamente concluso, sebbene sottoposto a condizione sospensiva (art. 61).

---

[50] G. Leone-A.L. Tarasco, Commentario al codice dei beni culturali, CEDAM, Padova, 2006, pag. 399 e ss.
[51] V. Premessa, nota n. 1
[52] Tali modifiche saranno evidenziate nel corso della trattazione dell'istituto.

Il passaggio di proprietà in mano pubblica avviene con l'emissione del provvedimento formale, con cui si esercita la prelazione, e con la sua notificazione all'alienante e all'acquirente (art. 61).

Segue l'emissione del mandato di pagamento da parte dell'Ente prelazionario (art. 60).

Si tratta quindi di una fattispecie complessa con effetti traslativi reali (passaggio del bene in proprietà del demanio) e con effetti obbligatori (obbligo del pagamento del prezzo)[53] .

L'acquisto in via di prelazione può essere operato solo con riferimento alle alienazioni a titolo oneroso o anche quando il bene sia a qualsiasi titolo dato in pagamento (art. 60)[54].

La prelazione artistica costituisce un privilegio a favore della Pubblica Amministrazione giustificato dal fine cui è preordinato di salvaguardare interessi primari per la vita culturale del Paese, costituzionalmente garantiti (art. 9 Cost.)[55].

I menzionati articoli del Codice non indicano le finalità che il legislatore ha inteso perseguire attraverso la prelazione.

Tuttavia dottrina e giurisprudenza ravvisano nell'istituto uno strumento per il perseguimento di finalità politico-culturali, connotato da una duttilità di impieghi ed indirizzato sia alla tutela e conservazione dei beni culturali che alla loro promozione e valorizzazione, alla luce dei principi costituzionali e della normativa di settore[56].

Inoltre attraverso la prelazione si attua il controllo del mercato delle opere d'arte e la protezione del patrimonio culturale ed artistico da parte dello Stato[57].

Secondo la giurisprudenza poi la prelazione può consentire "una migliore tutela e, in particolare, una migliore valorizzazione e fruizione del pregio storico-artistico".[58]

In effetti l'acquisto dei beni culturali in mano pubblica rimuove certamente i limiti alla loro fruibilità, rendendo accessibili beni che in precedenza, in virtù dell'appartenenza ai soggetti privati, o erano interamente preclusi alla fruizione (beni mobili) o erano fruibili in modo parziale (beni immobili o collezione o serie di eccezionale interesse).

---

[53] Sugli effetti della prelazione : Infra al V, n. 1.

[54] La prelazione opera nei confronti degli atti a titolo oneroso che costituiscono un ambito più ristretto rispetto a quello della denuncia di trasferimento ex art. 59, che comprende anche gli atti a titolo gratuito. Per quanto riguarda gli atti a titolo oneroso soggetti a prelazione, Infra al II, n. 3.

[55] La Corte Costituzionale ha ritenuto l'istituto delle prelazione compatibile con il rispetto dell'autonomia negoziale dei privati, con sentenza 20 giugno 1995, n. 269. Supra Premessa, n. 3.

[56] G.Palma, op .cit., pag. 362; M. R. Cozzuto Quadri, op. cit., pag. 155; G. Celeste, Beni Culturali, in Riv. di Notariato, Vol. LIV, Luglio-Agosto 2000, pag. 1096 e ss; M.A. Sandulli, op. cit., pag. 462.

[57] Corte Europea dei diritti dell'uomo, 5 gennaio 2000, Beylerc.Rep.it., Riv. dir. internaz., 2000, 821.

[58] Cons. Stato, IV, 21 febbraio 2001, n. 923.

Pertanto gli obiettivi di politica culturale, a cui deve essere preordinata la prelazione, sono quelli che realizzano l'interesse pubblico al godimento del patrimonio culturale nella sua interezza[59].

Le finalità dell'istituto appaiono rilevanti perchè ad esse si collega la motivazione con la quale si esplicitano le ragioni che, nel caso concreto, hanno spinto l'Amministrazione ad emettere il provvedimento[60], nonché appaiono rilevanti quando l'atto viene sottoposto al sindacato del giudice amministrativo[61].

## 2. La natura giuridica.

La qualificazione dell'istituto con il termine "prelazione" (art. 61, comma 1, del Codice) e non più con la locuzione "diritto di prelazione" (tradizionalmente presente nella legislazione previgente) aggiunge ulteriori argomenti al dibattito[62] sulla natura giuridica della prelazione artistica [63] tra sostenitori di una impostazione pubblicistica e sostenitori di un orientamento privatistico.

In particolare si dibatte se la prelazione artistica debba essere collocata nel novero delle figure privatistiche di prelazione legale [64]ovvero se ne discosti per la particolare disciplina che prevede la presenza di predominanti aspetti autoritativi dell'intervento acquisitivo pubblico[65].

Secondo il Codice Civile la prelazione è il diritto di un determinato soggetto ad essere preferito a terzi, a parità di condizioni, nel caso in cui il proprietario di un bene

---

[59] G. Clemente di San Luca, op. cit., pag. 293 e ss.
[60] Infra al IV, n. 1.
[61] Infra al VII, n. 1.
[62] Per la dottrina: F. Toschi Vespasiani, op. cit., pag. 316 e ss.; G. Fares, La prelazione artistica nel Codice dei beni , culturali, in Studium Iuris, 2006, fasc. 2, pag. 148 e ss.; Per la giurisprudenza: M.R. Cozzuto Quadri, op. cit., pag. 156 e ss.
[63] Con importanti riflessi pratici, oltre che dogmatici. In tal senso F. Toschi Vespasiani, op. cit., pag. 320, secondo il quale "affermando la natura privatistica della prelazione si può giungere a riconoscere l'immediata ripercussione dei vizi genetici, funzionali, del recesso, del mutuo dissenso e di ogni altra vicenda del contratto sul potere dello Stato, laddove venga a cadere proprio il suo presupposto".
[64] Parte della dottrina inquadra l'istituto nella categoria delle prelazioni legali: B. Carboni, Natura della prelazione dello Stato e sua riconducibilità nella categoria delle prelazioni legali, pag. 530e ss.; M.R. Cozzuto Quadri, La prelazione artistica: gli orientamenti attuali, in Nuova giur. Civ. Comm:, 1998, II, pag. 156 e ss.
[65] La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza collocano la prelazione artistica nell'ambito degli atti ablatori: M.S. Giannini, op. Cit., pag. 736; G. Palma, il regime giuridico della proprietà pubblica, Torino, 1999, pag. 249; T. Alibrandi – P.G. Ferri, I beni culturali e ambientali, Milano, 2001, pag. 500 – Cass. Civ. , sez. UU., 6 maggio 1994, 4386; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1899; TAR lombardia, Sez. I, 2004, n. 1574; Corete Cost., 20 giugno n1995, n. 269.

decida di alienarlo (pactum de contrahendo, se il proprietario si obbliga a stipulare con il solo prelazionario ovvero pactum de non contrahendo , se il proprietario si obbliga a non stipulare con altri che non sia il prelazionario).

Ai fini dell'esercizio della prelazione il proprietario è poi tenuto a rivolgere la *denuntiatio* (proposta contrattuale) al prelazionario per informarlo delle condizioni pattuite con il terzo e per farlo intervenire nella formazione del contratto prima della sua conclusione.

Esempi di prelazione legale previsti dal Codice Civile sono quelli riguardanti: il coerede (art. 732); il concedente l'enfiteusi (art. 966); il mezzadro (art. 2157); il partecipante all'impresa familiare (art. 230 – bis, comma 5); i soci (art. 2355 – bis, comma 1); il conduttore di immobile ad uso diverso dall'abitativo (art. 38 della legge 27.7.1978 n. 392).

In caso di inosservanza il prelazionario pretermesso ha il potere di agire nei confronti del venditore per inadempimento ex art. 1218 c.c. ed eventualmente nei confronti del terzo di mala fede per illecito aquiliano ex art. 2043 cc.

Ora la prelazione artistica, sebbene anch'essa prevista dalla legge, diverge dagli schemi civilistici così come delineati per le prelazioni legali[66] .

Anzitutto tale prelazione può essere esercitata dopo la stipula del contratto di alienazione tra le parti e non prima della sua conclusione.

L'art. 61 del Codice prevede infatti che l'atto di alienazione (valido) è sottoposto ad una condizione sospensiva che si avvera nel caso in cui, entro il termine di sessanta giorni, lo Stato non esercita la propria facoltà.

Inoltre la denuncia di trasferimento ex art. 59 non equivale alla *denuntiatio* (che si rivolge al prelazionario), poiché questa è una vera e propria proposta contrattuale ed invece quella si riferisce ad un contratto già concluso.

Ancora lo Stato non diventa parte del contratto[67], né si verifica la sostituzione dello Stato nella

medesima posizione contrattuale del terzo acquirente, in quanto manca l'effetto surrogatorio al contraente originario (come avviene nella prelazione civilistica) dato che lo Sato non subentra nei diritti e obblighi dell'acquirente.

Infatti, nella prelazione legale il prelazionario acquista la proprietà nelle medesime condizioni proposte al terzo, mentre nella prelazione artistica lo Stato non è

[66] M. Cammelli, op. cit., pag. 282 e ss.
[67] M.A. Sandulli, op. cit., pag. 456 e ss.

vincolato alle clausole contrattuali (art. 61, comma 5) e anzi ha facoltà di esercitare la prelazione su una parte delle cose alienate (art. 61, comma 6), nonché la possibilità di determinare d'ufficio il valore economico del bene ( art. 60, comma 2).

L'acquisto del bene da parte dello Stato quindi non si verifica per effetto del contratto di alienazione, ma trae origine dal provvedimento amministrativo, con cui si esercita la prelazione, che produce l'effetto traslativo della proprietà, purché notificato all'alienante e all'acquirente nel suddetto termine di sessanta giorni[68] , secondo regole e principi estranei al diritto civile.

La denuncia ex art. 59, lungi dall'essere una proposta, influisce solo sul termine massimo a disposizione dello Stato per la notifica del provvedimento di prelazione e sul momento a partire dal quale decorrono i termini di decadenza di sessanta giorni.

Sulla base di tali argomentazioni la dottrina maggioritaria, con l'avallo della giurisprudenza , riconduce l'istituto nell'ambito degli atti ablatori di diritto pubblico.[69]

In particolare la giurisprudenza è portata a considerare la prelazione artistica a favore dello Stato come espressione di un potere di supremazia per il conseguimento dell'interesse pubblico alla conservazione e alla fruizione dei beni culturali, che si esercita attraverso un provvedimento amministrativo avente natura e finalità ablatorie[70].

In ossequio alla concezione ablativo-pubblicistica appare quindi eliminata la locuzione "diritto di prelazione", già identificativa dell'istituto[71].

Ma le caratteristiche dell'istituto, che non sono semplicemente espressione di un potere di trasferimento coattivo del bene privato per finalità pubbliche, non giustificano una concezione squisitamente ablatoria della prelazione artistica.

Infatti il provvedimento amministrativo è emanato a seguito della manifestazione di volontà del proprietario di cedere ad altri il bene e ad un prezzo che di regola impegna l'Amministrazione.

La prelazione non incide quindi nel senso che il bene viene sottratto al proprietario contro la sua volontà, ma nel senso che il proprietario non ha il potere di disporre del bene nel modo voluto[72].

---

[68] La natura recettizia del provvedimento di prelazione è pressoché pacifico in giurisprudenza, che rileva anche che la notifica costituisce elemento costitutivo dell'efficacia del provvedimento stesso. Cons. Stato, sez. VI, m23.4.1990, n. 461; cons. Stato, VI, 13.10.1993, n. 706; TAR Lazio, sez. II, 23.8.2001, n. 7012.

[69] Cons. Stato, 10.6.1987, n. 400; Cons. Stato, 30.1.1991, n. 58, che ribadisce: "la prelazione…non opera alla stregua dell'omonimo istituto civilistico (che si esercita sempre con riferimento ad una (valida) proposta di alienazione), ma costituisce espressione di un potere di acquisto coattivo delle cose di interesse storico ed artistico di proprietà dei privati, da esercitarsi in occasione di negozi di trasferimento della proprietà medesima".

[70] In particolare la prelazione artistica è considerata un atto ablatorio appartenente alle categorie dei trasferimenti coattivi secondo la qualificazione di cui M.S. Giannini, op. cit., pag. 91.

[71] S. Foà, La tutela dei beni culturali, in Giorn. dir. amm., 2004, pag. 477.

Inoltre poiché il provvedimento amministrativo non può adottarsi se non sul presupposto fondamentale che ci sia la volontà del proprietario di alienare, l'elemento volontaristico costituisce una specificità nell'ambito della struttura[73] tipica dei procedimenti ablatori .

In tal senso l'atto amministrativo di prelazione si configura come atto conformativo[74] dell' effetto traslativo voluto dall'alienante, con una connotazione sia di elementi pubblicistici che di privatistici e con una centralità della volontà del privato[75].

Sicchè la divergenza della prelazione artistica rispetto agli schemi civilistici (in particolare le clausole contrattuali che non vincolano lo Stato, salvo per il prezzo) è giustificata dal fatto che il prelazionario è lo Stato e soprattutto in considerazione degli interessi pubblici che lo Stato è tenuto a tutelare.

D'altra parte la divergenza dalle regole di diritto comune si riscontra anche in altre fattispecie del nostro ordinamento le quali assicurano la tutela degli interessi pubblici senza necessità di costituire veri e propri privilegi a favore dell'Amministrazione[76].

Tra queste, ad esempio, i contratti ad evidenza pubblica caratterizzati dalla fase procedimentale di diritto pubblico finalizzata in particolare all'adozione del provvedimento con il quale l'Amministrazione manifesta la sua volontà di contrattare (delibera a contrattare), cui fa seguito la fase prettamente negoziale (contratto) sottoposta al regime privatistico.

Nella prelazione artistica i tratti caratteristici delle prelazioni legali possono essere così riscontrati: accordare la preferenza ad un soggetto rispetto ad altri ai fini dell'acquisto di un bene che il proprietario intende liberamente cedere.

La deviazione del diritto civile, cioè l'acquisto dello Stato realizzato con un effetto traslativo reale diverso da quello voluto dal proprietario, è giustificata dal carattere tipicamente autoritativo dell'agire del soggetto pubblico per la tutela di prevalenti interessi pubblici (culturali) che conforma un segmento dal procedimento di prelazione lasciando il resto delle attività alla regolamentazione civilistica[77].

---

[72] Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. Bolzano, 28 febbraio 1995, n. 35.
[73] Altri parla di incompatibilità tra prelazione artistica e procedure espropriative: M. A. Scino, La prelazione artistica al voglio della Corte Costituzionale, in Gior. Cost. 1995, pag. 1918.
[74] G. Fares, op. cit., pag. 150.
[75] A. Gambero, La proprietà, Milano, 1990, pag. 455; G. Fares, op. cit., pag. 150.

[76] G. Fares, op. cit., pag. 150 e ss.
[77] G. Fares, op. cit., pag. 151

In particolare il provvedimento amministrativo, tranne l'effetto di sostituire l'acquirente inizialmente prescelto con lo Stato, ha essenzialmente carattere negoziale (accettazione del prezzo).

In tale ottica il potere che legittima l'Amministrazione ad esercitare la prelazione ha portato parte della dottrina a ritenere che esso, quale conseguenza del vincolo a suo tempo imposto al bene, ha natura di diritto potestativo[78], nel senso che "la prelazione è attuata dallo Stato con un provvedimento amministrativo, atto di esercizio a contenuto negoziale, di un vero e proprio diritto potestativo di fonte legale, al quale è estranea la dimensione della coazione: l'acquisto del bene è solo l'effetto di un trasferimento potestativo"[79].

In effetti la fattispecie della prelazione artistica si presenta con tipici profili privatistici che si intrecciano con gli aspetti pubblicistici che sono prevalenti e giustificano una riconducibilità dell'istituto tra le figure ablative.

Infatti la considerazione che il trasferimento della proprietà a favore dello Stato si determini a seguito di esplicita manifestazione di volontà del proprietario del bene, sta a significare che l'esercizio della prelazione è avviato ad iniziativa privata e non pubblica.

L'argomentazione secondo la quale il ristoro economico a favore del proprietario non è limitato, come per gli istituti espropriativi, all'indennizzo fissato nella procedura espropriativa ai sensi dell'art. 42, comma 3, della Costituzione, ma coincide con il prezzo del bene determinato nel contratto dalle parti, porta solo ad attenuare il profilo autoritativo coattivo insito nell'atto ablatorio.

Ma ciò che maggiormente rileva è che la prelazione può essere esercitata anche in caso di omessa denuncia del contratto di alienazione (art. 61, comma 2), cioè quando il proprietario vuole eludere la prelazione o comunque quando, in applicazione dell'art. 164, comma 2, la prelazione è esercitata indipendentemente dal fatto che l'alienante abbia fatto conoscere la propria volontà di alienare. [80]

Sicché in tal caso è certo che l'Amministrazione con l'esercizio della prelazione attua l'esplicazione di un potere di supremazia per il conseguimento di un interesse pubblico alla conservazione e alla fruizione dei beni culturali, dando luogo ad un acquisto

---

[78] F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, 2006, pag. 61; F. Santoro-Passarelli, Dottrine generali del Diritto Civile, 1971, pag. 72. Per effetto di legge o per effetto di un rapporto determinato, il titolare del diritto manifestando la sua volontà, può influire nella sfera giuridica del soggetto passivo, che non può e non deve fare nulla e soltanto soggiacere alle conseguenze della dichiarazione di volontà.

[79] La tesi del trasferimento potestativo è accolta: F. Toschi Vespasiani, op. cit., pag. 327; L. Leone, La prelazione dei beni culturali, Roma, 2003, pag. 127e ss.

[80] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 400.

che si produce non attraverso un negozio giuridico (venendo incontro alla volontà del proprietario privato), ma per effetto di una manifestazione della potestà d'imperio[81].

Al contrario, nella prelazione legale civilistica, in caso di omissione della *denuntiatio,* il titolare del diritto di prelazione deve rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per l'annullamento dell'atto di trasferimento e per l'esercizio della prelazione.

In conseguenza il potere di prelazione va ricondotto nella categoria generale dei poteri dello Stato di effettuare trasferimenti coattivi[82] e di emettere provvedimenti ablativi, rispetto ai quali è irrilevante la volontà del privato e la validità o meno dell'atto di alienazione sottostante.

Tuttavia il potere di acquisto dei beni culturali non è riconducibile ad una potestà ablatoria di tipo espropriativo.

Infatti la prelazione artistica, pur manifestando una sostanza ablativa, è distinta dagli ordinari provvedimenti di natura espropriativa in quanto si collega ad una iniziativa negoziale dei privati[83].

Infatti il suo esercizio presuppone l'esistenza di un atto idoneo a trasferire la proprietà del bene culturale dall'originario proprietario al terzo.

Inoltre determina l'obbligo del pagamento del prezzo liberamente fissato nell'atto di trasferimento.

Il che signfica che in questa fattispecie il carattere ablatorio è meno accentuato rispetto alle fattispecie ablatorie in senso stretto ad iniziativa pubblica con pagamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 42, comma 3, della Costituzione.

### 3. I presupposti: tipologie negoziali sottoposte a prelazione.

L'esercizio della prelazione artistica presuppone la presenza di specifici atti precedentemente posti in essere.

---

[81] Cass., 29 novembre 1989, n. 5206.

[82] Pugliatti, Teoria dei trasferimenti coattivi, Messina 1931, pag. 63 e ss; T. Alibrandi – P. G. Ferri, op. cit., pag 445; Cass., Sez. Un., 1 luglio 1992, n. 8079;

[83] La prelazione artistica, essendo a carattere coattivo, ma ad iniziativa privata, non è assimilabile all'espropriazione per pubblica utilità che resta ad iniziativa esclusivamente pubblica. Corte Costituzionale, 21 giugno 1995, n. 269; Cons. Stato n. 58/1991; Cons. Stato n. 706/2003.

Per tale motivo il potere della Pubblica Amministrazione di acquisire in via di prelazione i beni culturali dei privati è subordinato all'esistenza di determinati presupposti.

In particolare devono sussistere:[84]

1)un atto di alienazione del bene culturale o comunque un atto traslativo a titolo oneroso, perfettamente valido, anche se sottoposto a condizione sospensiva del mancato esercizio della prelazione;[85]

2)un vincolo "culturale", a cui il bene è assoggettato per effetto del riconoscimento dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice[86], in forza di un provvedimento amministrativo debitamente notificato e successivamente trascritto in capo all'alienante.

In ordine al primo presupposto occorre anzitutto definire la nozione di atti a titolo oneroso e, quindi, individuare le tipologie negoziali che costituiscono l'oggetto della prelazione (su cui incide), più circoscritto rispetto a quello della denuncia, che ricomprende anche gli atti a titolo gratuito.

L'art. 60 del Codice, nella formulazione adottata dal D.Lgs. 42/2004, tra gli atti sottoposti a prelazione, contempla espressamente le seguenti fattispecie:

a)le alienazioni a titolo oneroso dietro pagamento di un prezzo;

b)le alienazioni a titolo oneroso dietro corrispettivo diverso dal denaro;

c)la permuta;

d)la *datio* in pagamento.

Risulta quindi evidente che l'art. 60 ha voluto circoscrivere l'ambito di operatività della prelazione a tutte le tipologie di atti che presentano i seguenti requisiti: il trasferimento del bene culturale (come contenuto dell'atto) e l'onerosità (come causa dell'atto) non necessariamente consistente nel pagamento di un corrispettivo in denaro.[87]

Tale disposizione, pertanto, ha inteso collegare la prelazione non all'esistenza di un contratto tipo o ad una specifica causa negoziale, ma alla presenza di una regolamentazione tra le parti che comporti comunque un effetto traslativo del bene

---

[84] La denuncia di cui all'art. 59 del Codice, sebbene finalizzata all'esercizio della prelazione, non ne costituisce un elemento necessario dato che la prelazione può essere esercitata anche se la denuncia è stata omessa. L'esistenza o meno della denuncia influisce invece sui termini concessi all'Amministrazione per l'esercizio della prelazione, onde l'istituto in questione sarà esaminato nell'ambito del procedimento di prelazione, infra al IV, n. 2.

[85]Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3241.

[86] V. Premessa, nota n. 2.

[87] G. Perrella – S. Marino, Prelazione artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse, I contratti, 2007, fasc. 7, pag. 703e ss.

soggetto a vincolo e che sia caratterizzata dall'esistenza di un reciproco sacrificio patrimoniale delle parti allo scopo di conseguire una attribuzione patrimoniale.[88]

Il che significa che sono soggetti a prelazione tutti quei negozi atipici a prestazioni corrispettive che, sebbene non costituiscono una compravendita in senso stretto, abbiano i medesimi effetti reali (trasferimento della proprietà del bene) a fronte di un corrispettivo non necessariamente pecuniario che conferisce all'atto natura onerosa.

Inoltre è necessario, anche in mancanza di una espressa disposizione,[89] che l'alienante sia pieno proprietario e che l'atto su cui incide la prelazione riguardi il trasferimento delle proprietà onde si determini l'acquisto della proprietà del bene da parte dello Stato.

Ciò in quanto la finalità della prelazione[90], che è quella di soddisfare l'interesse pubblico al godimento e alla conservazione del patrimonio culturale, può essere realizzata solo con l'acquisto della piena proprietà del bene da parte dello Stato e non con l'acquisto degli altri diritti reali limitati.[91]

L'art. 60, a seguito delle modifiche apportate al Codice dal D.Lgs. 156/2006, prevede anche espressamente che lo Stato (o l'Ente territoriale locale) ha facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali conferiti in società al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento, ampliandosi così le tipologie degli atti soggetti a prelazione e togliendo il dubbio interpretativo che aveva alimentato la precedente disputa esistente in dottrina al riguardo.[92]

Il fatto che la prelazione si applica anche al contratto societario, in caso di apporto di un bene culturale, sottolinea, stante la connotazione imprenditoriale delle società commerciali, la mutata considerazione dei beni culturali, quali oggetto non solo di tutela conservativa, ma anche di valorizzazione.

Sicché, fermo restando l'esigenza di tutela, di essi viene sfruttata anche la capacità di produrre reddito.[93]

Il bene culturale conferito in società è sottoposto alla disciplina della prelazione sia in sede di costituzione che in sede di aumento di capitale sociale.[94]

---

[88] Cons. Stato, VI, 30 aprile 1997, n. 679; Cons. Stato, VI, 3 aprile 2000, n. 1889; M. A. Sandulli, op. cit., pag 458 e ss.
[89] La mancanza di una espressa disposizione sulle tipologie negoziali soggette a prelazione, anche nel recente D.Lgs. 62/2008, continua a mantenere incertezze in materia.
[90] Supra al II, n.1.
[91] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705; G. Celeste, Beni Culturali: Prelazione e Circolazione, in riv. del Notariato, 2000, fasc. 5, pt. 1, pag. 1108.
[92] Stella Richter, Appunti preliminari in tema di conferimenti in società di beni in natura e diritto di prelazione, Milano, 1998, pag. 957.
[93] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 459.

Ciò significa che al bene culturale conferito in società si applica, oltre alla normativa societaria sui conferimenti in natura, anche l'istituto della prelazione.[95]

Ma non è soggetta a prelazione la cessione di quota di partecipazione ad una società che sia proprietaria di un bene culturale in quanto oggetto della cessione è la posizione di socio e non la cessione del bene,la cui proprietà continua ad essere della società.

La prelazione è anche esclusa nel caso di cessione della totalità delle quote di una società, il cui capitale comprenda il bene culturale, dato che non vi è il trasferimento della proprietà del bene.

Infatti la società "prima e dopo l'alienazione delle azioni, continua ad essere la proprietaria del bene culturale, con l'unica differenza che l'intero suo pacchetto azionario non è più di un soggetto ma di un altro".[96]

Per gli stessi motivi (manca il trasferimento della proprietà del bene) la prelazione non si applica al contratto preliminare, che costituisce un accordo tra le parti privo di effetti reali, da cui deriva solo l'obbligo di concludere un successivo contratto di alienazione, a seguito della cui stipula si avrà il trasferimento del bene.[97]

Solo da tale successivo contratto, produttivo di effetti traslativi, decorrono i termini per l'esercizio della prelazione.

Nel caso del contratto preliminare ad effetti anticipati, cioè con consegna anticipata del bene, la prelazione è pure esclusa in quanto la consegna anticipata del bene "non trasferisce il possesso, che si trasmette con il trasferimento delle proprietà, ma soltanto la detenzione"[98].

Il contratto preliminare traslativo della detenzione è però soggetto all'obbligo della denuncia di cui all'art. 59 del Codice.[99]

---

[94] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 794 e ss.

[95]Si segnala una diversità di disciplina tra la prelazione artistica e la prelazione agraria (stante la differente natura giuridica dei due istituti), in caso di conferimento in società di un bene culturale o di un fondo rustico. Infatti la Corte di Cassazione ha ritenuto che il conferimento di un fondo rustico in società di capitali non implica l'esercizio del diritto di prelazione e di riscatto da parte dell'affittuario ex art. 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590. In tal caso per la Suprema Corte si configurerebbe un trasferimento privo di controprestazione in denaro e correlato all'acquisto della qualità di socio sulla base di un negozio *intuitu personae,* non rientrante nei contratti di scambio contemplati dall'art. 8 della legge 590/1965. Si mostra scettico a tale soluzione G. Magiotta, Conferimento in Società e prelazione artistica, in Le società, Riv. di dir e pat. comm., soc. e fisc., 2007, fasc. 9, pag. 1090.

[96] Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1205.

[97] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 704; Massimo Plasmati, op. cit., pag. 794.

[98] Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5140 del 2 luglio 2004, Ulteriori riflessioni sul Codice dei beni culturali.

[99] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 793; G. Leone – A.L. Tarasco, op. cit., pag. 409 e ss.

Non sorge neanche l'obbligo della denuncia, né il corrispondente potere di prelazione dello Stato, nel caso in cui il bene sia stato acquistato dai terzi per usucapione in epoca anteriore al provvedimento impositivo del vincolo ex art. 13 del Codice[100]

Per mancanza del sinallagma, non soggiace alla prelazione, la rinuncia del proprietario al proprio bene a favore di terzi senza corrispettivo (rinuncia abdicativa).[101]

Se invece la rinuncia sia avvenuta dietro corrispettivo (rinuncia traslativa), poiché in tal caso la rinuncia è finalizzata a produrre gli stessi effetti di una alienazione onerosa determinando a favore del beneficiario lo scopo pratico del trasferimento in proprietà del bene e a favore del rinunciatario una attribuzione patrimoniale, la prelazione è applicabile.

Per gli stessi motivi (si trasferisce la proprietà del bene) la prelazione è applicabile alla rendita[102] sia perpetua (art. 1861 c.c.) che vitalizia (art. 1872 c.c.), ove costituita a titolo oneroso.[103]

Non realizzandosi il trasferimento della proprietà del bene, sono esclusi dall'operatività della prelazione gli atti relativi ai diritti reali di godimento (usufrutto, servitù e abitazione) o di garanzia (pegno e ipoteca).[104]

Infatti in tali casi, la vicenda circolatoria dell'acquisto da parte del terzo sia che abbia natura derivativa – costitutiva sia che abbia natura traslativa riguarda esclusivamente il trasferimento della detenzione del bene (usufrutto, abitazione, pegno) per cui deve essere solo effettuata la denuncia ex art. 59.[105]

Va comunque sottolineato che una compressione di tali diritti, poiché assicurano un mero godimento temporaneo e non l'arricchimento del patrimonio culturale, è anche contraria al principio costituzionale tutelato della libertà della proprietà privata, ove non derivi dal collegamento dell'art. 9 della Costituzione (patrimonio culturale della nazione) con l'art. 42, comma 2 (funzione sociale della proprietà privata).[106]

---

[100] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 793; G. Leone – A.L. Tarasco, op. cit., pag. 409 e ss.

[101] In tal caso l'acquisto a favore dello Stato deriva ex art. 827 c.c., salvo l'effetto di accrescimento a favore degli altri comproprietari.

[102] Si aliena il bene a titolo oneroso e, a titolo di prezzo, si corrisponde una prestazione periodica di denaro o di una quantità di cose fungibili; A. Trabucchi, op. cit., pag. 839.

[103] Qualche perplessità esprime A. Mansi, op. cit., pag. 247 e ss., secondo il quale la personalità della prestazione può suscitare dubbi. In senso favorevole G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 704 e in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889; T.A.R. Campania, 28 settembre 1999, n. 2546.

[104] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705; Massimo Plasmati, op. cit., pag. 796; Casu, Il nuovo codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche, 2005, pag. 203.

[105] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705.

[106] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 408; G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705. Supra Premessa, n. 3.

Tuttavia, nel caso di costituzione onerosa dei diritti reali di garanzia, la prelazione artistica sorge in presenza di espropriazione, di esecuzione immobiliare e di vendita nelle procedure concorsuali.

Ma deve essere fatta valere in pregiudizio dell'aggiudicatario e non del proprietario che ha costituito il diritto reale di garanzia.

Infatti, se la prelazione fosse fatta valere in pregiudizio del proprietario lo Stato diventerebbe titolare di un diritto reale di garanzia senza essere titolare del credito garantito.[107]

Rientra nell'ambito di operatività della prelazione, l'alienazione della nuda proprietà di un bene culturale gravata da usufrutto.[108]

Malgrado qualche dubbio sulla sua compatibilità con la finalità della prelazione, la tesi positiva si basa sul fatto che la nuda proprietà, sebbene limitata dall'usufrutto, è destinata ad avere un carattere temporaneo e a riprendere la consistenza normale (con la successiva riunione all'usufrutto), per cui tale diritto reale è idoneo all'assicurare alla Pubblica Amministrazione immediati poteri sulla gestione del bene.[109]

Va escluso l'esercizio della prelazione in relazione al negozio di affrancazione del fondo enfiteutico, in quanto, stante l'esistenza del diritto reale dell'enfiteuta, il diritto del concedente l'enfiteusi non è equiparabile al diritto di proprietà piena del bene.[110]

In verità, a seguito dell'affrancazione, l'enfiteuta acquista la piena proprietà del fondo previa corresponsione di una somma di denaro.

Ma l'atto di affrancazione, sebbene possa configurarsi come alienazione a titolo oneroso ha l'effetto di determinare solo il passaggio di un diritto di proprietà limitata del concedente in favore dell'enfiteuta e, quindi, non realizza a favore dello Stato l'effetto traslativo della piena proprietà, quale condizione per l'esercizio della prelazione,[111] secondo quanto precedentemente detto.

Ne la posizione del concedente l'enfiteusi può essere equiparata a quella del nudo proprietario, come sostenuto dalla giurisprudenza.[112]

---

[107] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 797.
[108] G. Fares, op. cit., pag. 145; G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705.
[109] Cons. Stato, 24 maggio 1995, n. 348.
[110] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 408; G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705.
[111] G. Celeste, La prelazione in materia di beni culturali, in Il Commercio giuridico dei beni culturali, Milano, 2001, pag. 120.
[112] Cass. 10 ottobre 1962, in Giust. civ. 1963, I, 32; Cass. 15 novembre 1976, n. 4231.

Infatti l'enfiteusi può essere perpetua, sicché il concedente non potrebbe mai acquistare la proprietà piena, salvo l'ipotesi di devoluzione che però implica l'inadempimento degli obblighi dell'enfiteuta.[113]

Inoltre l'enfiteuta, diversamente dall'usufruttuario, può acquistare la piena proprietà del bene esercitando il diritto potestativo di affrancazione.

Non sono soggetti all'esercizio della prelazione gli atti di trasferimento *mortis causa*, e gli atti di donazione.[114]

Gli atti di successione a causa di morte, sebbene abbiano carattere traslativo per l'erede e il legatario testamentario, non possono considerarsi atti di alienazione ai sensi dell'art. 60 del Codice, mancando del requisito dell'onerosità e non essendo atti tra vivi.[115]

Gli atti di donazione sono invece atti di alienazione tra vivi, ma, essendo atti con causa gratuita,[116] mancano anch' essi del requisito dell'onerosità e sono, quindi sottratti all'operatività della prelazione.

Tuttavia nel caso in cui gli atti di donazione non siano completamente gratuiti e contemplino anche una onerosità dell'atto, occorre procedere ad una indagine, [117] per verificare nel caso concreto,[118] se il negozio utilizzato, in base ai rapporti istaurati tra le parti in ordine al bene culturale, possa ritenersi a titolo gratuito o a titolo oneroso con conseguente applicazione o meno della prelazione.[119]

La dottrina appare divisa in relazione a tali casi di "*negotium mixtum cum donatione".*

Parte di essa sostiene l'applicabilità della prelazione in quanto tale negozio va propriamente annoverato tra quelli a titolo oneroso, restando l'intento di liberalità un semplice motivo del contratto.[120]

Altra parte della dottrina esclude la prelazione in considerazione della rilevanza dell'intento di donazione che non permette di ricondurre con certezza la fattispecie tra i negozi a titolo oneroso.[121]

---

[113] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 705.
[114] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 793.
[115] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706.
[116] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706.
[117] Dagli esiti talora assai opinabili, secondo G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706.
[118] Anche alla luce degli elementi indicati nella denuncia, cioè la natura e le condizioni dell'atto di trasferimento, che potrebbero essere idonei a configurare il tipo di atto posto in essere concretamente..
[119] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 794, secondo cui la prelazione non è applicabile alle donazioni di qualsiasi tipo esse siano, sia dirette che indirette.
[120] Caccia – Guisa, La tutela dei beni culturali e l'intervento del Notaio (Relazione a XXVIII Congresso Nazionale del Notariato, Venezia, 13 – 18 ottobre 1985), Roma, 1985, pag. 110.
[121] Cantucci, La prelazione dello Stato nelle alienazioni onerose delle cose di interesse artistico e storico, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, pag. 598.

Non vi è l'esercizio della prelazione nel caso di divisione in quanto atto di natura meramente dichiarativa e quindi privo di efficacia traslativa a titolo oneroso della proprietà.[122]

In particolare, a prescindere dall'effetto dichiarativo o costitutivo della divisione, con tale atto si perviene ad una diversa titolarità del diritto di proprietà e si attua una trasmissione del possesso.[123]

Parimenti non soggiacciono alla prelazione gli atti di fusione e scissione, cui partecipano società proprietarie dei beni culturali in quanto non possono essere considerati atti di alienazione o di conferimento ai sensi dell'art. 60 del Codice.

Infatti per effetto della fusione o della scissione i beni culturali vengono acquisiti dalla società risultante dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero dalla società scissa, mentre ai soci vengono assegnate azioni o quote di partecipazione della società che risulta dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero della società scissa.

Il che può far ritenere che trattasi di conferimento in società.[124]

Ma, poiché (diversamente dal conferimento in società) le quote o azioni della società risultante dalla fusione (o dalla società incorporante) ovvero scissa vengono attribuite non alla società che perde la proprietà del bene culturale ma ai suoi soci, non sussiste il sinallagma (proprio del contratto di società) perché non c'è identità tra il soggetto che attua la prestazione del bene culturale (la società dante causa che perde la proprietà del bene) e chi riceve la controprestazione (i suoi soci che ricevono la partecipazione sociale).[125]

Dubbi sorgono in ordine all'applicazione della prelazione al contratto di transazione per la difficoltà di ravvisare l'onerosità delle prestazioni.

Ciò in quanto lo scopo pratico perseguito con la transazione non è quello di uno scambio di prestazioni, ma quello di prevenire o di porre fine ad una lite giudiziaria.

La giurisprudenza ammette l'esercizio della prelazione ravvisando anche in tal caso la realizzazione di un effetto traslativo.[126]

---

[122] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706. Per la giurisprudenza la divisione ha natura dichiarativa in quanto con essa si accerterebbe l'oggetto del diritto di cui ciascun partecipante è già titolare. Per la dottrina la divisione ha natura costitutiva in quanto atto traslativo della proprietà. C.M. Bianca, Diritto Civile, III, La proprietà, Milano, 1999, pag. 486 e ss.

[123] A. Mansi, op. cit., pag. 247.

[124] Nel conferimento di società, chi conferisce acquista la partecipazione sociale per cui il sinallagma si individua tra conferimento e acquisto della qualità di socio.

[125] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 795 e ss.; G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706.

[126] Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 1987, n. 400.

Appare però più corretto limitare l'applicazione della prelazione ai soli casi in cui il bene è trasferito in base ad una pregressa situazione debitoria dell'alienante e non ai casi in cui vi è un rapporto controverso relativo alla titolarità del diritto sul bene, che esulano dalla previsione di cui all'art. 60 del Codice.[127]

La prelazione artistica deve ritenersi applicabile anche ai contratti di leasing che stabiliscono il patto di acquisto a favore dell'utilizzatore del bene dato in leasing nel caso in cui tale bene sia un bene culturale.[128]

Le operazioni di leasing prevedono normalmente una compravendita a favore della società di leasing e una locazione tra tale società e l'utilizzatore del bene, con previsione di una opzione di acquisto a favore dell'utilizzatore.

La prelazione può operare sia in relazione al primo contratto di compravendita sia nel caso del successivo acquisto da parte dell'utilizzatore.

Tuttavia, se la prelazione viene esercitata nel momento in cui l'utilizzatore si avvale dell' opzione di acquisto, lo Stato è tenuto a corrispondere non solo la somma dovuta per l'esercizio dell'opzione, ma eventualmente anche i canoni corrisposti dall'utilizzatore, ove imputabili come rate anticipate dal prezzo.[129]

Si pone infine il problema dell'ammissibilità della prelazione nel caso in cui l'alienazione del bene culturale riguardi una quota e non la titolarità del bene unitariamente considerato.

In proposito, appare irrilevante la previsione di cui all'art. 59 del Codice secondo la quale l'obbligo della denuncia sussiste in caso di cessione "in tutto o in parte".[130]

Infatti l'obbligo di denuncia è stabilito per una pluralità di atti che non sempre danno luogo all'esercizio della prelazione.

La Cassazione [131] in ordine alla prelazione su quota del bene culturale si è espressa in maniera sfavorevole perché ciò comporterebbe una comproprietà pro indiviso tra lo Stato e il soggetto privato incompatibile con il carattere demaniale acquisito dal bene dopo la prelazione.

Infatti la comunione tra Stato e privato comporterebbe l'assoggettamento del bene a due regimi giuridici diversi e incompatibili quello demaniale e quello privatistico.

---

[127]. G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706; G. Celeste, Beni culturali: Prelazione e Circolazione, in Riv. del Notariato, 2000, fasc. 5, pt. 1, pag. 1113.
[128] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706; P. Monteleone, op. cit., pag. 826.
[129] Clarizia, I contratti di finanziamento e factoring, Trino, 1989, pag. 159.
[130] A. Mansi, op. cit., pag. 262, secondo il quale da tale inciso deriva la possibilità di esercitare la prelazione su quota dell'intero bene.
[131] Cass., 21.8.1962, n. 2613; Cass., 17.1.1985, n. 117; Cass., 20.11.1996, n. 10160.

Ma tale tesi non è condivisibile per vari motivi.

Anzitutto lo Stato può divenire proprietario di una quota del bene a seguito di successione o di donazione per cui la comproprietà pro indivisa tra Stato e privato non è esclusa.

Inoltre, se si escludesse l'esercizio della prelazione su quota indivisa del bene culturale, si negherebbe in concreto l'esercizio stesso della prelazione perché basterebbe non procedere all'alienazione dell'intero bene in una sola volta e procedere invece ad alienazioni parziali in tempi diversi per quote indivise del medesimo bene.[132]

In conseguenza è diversamente orientata la giurisprudenza amministrativa che ammette la prelazione parziale sul bene qualora idonea a soddisfare l'interesse pubblico culturale.

In particolare ritiene che un acquisto pro quota mediante la prelazione non elude la ricorrenza dell'interesse pubblico cui è funzionale la prelazione, dato che consente la disponibilità del bene in capo alla Pubblica Amministrazione in qualità di comproprietario con la conseguente possibilità di piegarlo ad un regime di utilizzo congruo per il pubblico interesse, anche nella prospettiva dell'acquisto esclusivo del bene.[133]

Ulteriore problema è stabilire se lo Stato in presenza di una alienazione pro quota possa esercitare la prelazione sull'intero bene.

In senso positivo si è attestata la Cassazione[134] affermando non solo l'incompatibilità dei regimi giuridici (demaniale e privatistico), che si verrebbero a creare sulla stesso bene nel caso di comproprietà tra Stato e privato, ma anche il fatto che le clausole del contratto non vincolano lo Stato.

A tale ultimo rilievo si può però obiettare che le clausole del contratto che non vincolano lo Stato sono quelle relative alle modalità delle prestazioni e non quelle concernenti l'oggetto del contratto.

Invece, con l'estensione della prelazione da una quota all'intera proprietà del bene, viene modificato il diritto oggetto dell'alienazione con evidente alterazione della volontà delle parti[135] e del profilo caratterizzante l'acquisto coattivo attuato con la prelazione artistica rispetto alle procedure espropriative come segnatamente individuato dalla Corte Costituzionale.[136]

---

[132] G. Perrella – S. Marino, op. cit., pag. 706; G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 406.
[133] Cons. Stato, VI, 23 febbraio 2004, n. 708; Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2003, n. 5705.
[134] Cass., 21.8.1962, n. 2613; Cass., 17.1.1985, n. 117; Cass.;
[135] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 407.
[136] Corte Costituzionale, 20 giugno 1995, n. 269.

Il che esclude la possibilità di estendere la prelazione di una quota all'intera proprietà.

E' quindi ben possibile che la prelazione venga esercitata sulla quota alienata dallo stesso proprietario o da un comproprietario e che lo Stato acquisti soltanto la titolarità del diritto di comproprietà pro indiviso con un soggetto privato.

Tuttavia in tale ipotesi non si verifica la coesistenza tra due regimi giuridici (privatistico e demaniale) sullo stesso bene, ma si verifica una comproprietà di diritto comune tra Stato e privato.[137]

Infatti, se l'intero bene, ivi compresa la quota di proprietà del privato, fosse assoggettato al regime demaniale con i relativi vincoli di inalienabilità e indisponibilità, si determinerebbe un effetto ablatorio sulla quota del privato realizzato in assenza dei presupposti e delle garanzie anche procedurali fissate dall'art. 42, comma 3, della Costituzione.[138]

### 3.1 Il vincolo "culturale", notificazione e trascrizione.

Il bene privato acquista lo *status* di bene culturale in forza di un provvedimento amministrativo che ne accerta la qualità culturale e lo sottopone al particolare regime giuridico.[139]

In particolare l'atto dell'Amministrazione, che impone il vincolo, contiene la dichiarazione dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice, a conclusione del procedimento previsto dall'art. 14 del Codice stesso.

L'attività dell'Amministrazione finalizzata all'imposizione del vincolo ha natura tecnico – discrezionale.[140]

Pertanto il bene privato sottoposto al vincolo culturale presuppone l'esistenza di un provvedimento amministrativo perfetto.[141]

---

[137] T. Alibrandi – P.G. Ferri, op. cit., pag. 510; G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 407.
[138] M. R. Cozzuto – Quadri, op.cit., pag. 159.
[139] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 774 e ss.; AA. VV., Commentario al Codice dei Beni Culturali e del paesaggio, a cura di A. Angioli – V. Caputi Jambrenghi, Giappichelli Editore, torino, 2005, pag. 74 e ss.; Supra Premessa, nota n. 2.
[140] Indirizzo consolidato del Consiglio di Stato: Cons. Stato, 12 dicembre 1992, n. 1055.

Ma tale provvedimento, sebbene perfetto, non produce i suoi effetti se non è integrato, come ogni altro provvedimento amministrativo, dai requisiti di efficacia prescritti per legge.[142]

A tal fine l'art. 15 del Codice stabilisce che la dichiarazione prevista dall'art. 13 deve essere notificata al proprietario, al possessore o al detentore del bene.

L'art. 15 precisa anche che la notifica deve essere eseguita tramite messo comunale o a mezzo posta raccomandata con avviso di ricevimento.

Il che significa che il provvedimento relativo al vincolo culturale produce i suoi effetti dal momento in cui, attraverso la notifica, è portato a conoscenza dei soggetti che ne sono destinatari (carattere recettizio dell'atto).[143]

A partire da tale momento il vincolo (debitamente notificato e produttivo di effetti), costituisce valido presupposto per l'esercizio della prelazione.

Tuttavia in dottrina e giurisprudenza si dibatte se la notificazione dell'atto impositivo ha natura dichiarativa o costitutiva del vincolo.

Secondo un orientamento la natura costitutiva va esclusa in quanto la notifica non è un atto perfezionativo del vincolo essendo il provvedimento impositivo già perfetto indipendentemente dalla sua comunicazione, onde l'eventuale assenza o irregolarità della notifica non intacca la validità del vincolo.[144]

La notifica ha quindi natura dichiarativa in quanto è "preordinata esclusivamente a creare, nel proprietario o possessore o detentore della cosa, la conoscenza legale degli obblighi su di lui incombenti".[145]

In caso di irregolarità è possibile per l'Amministrazione provvedere al rinnovo della notifica.[146]

Inoltre la nullità della notifica può essere parimenti sanata.[147]

---

[141] L'atto amministrativo è perfetto quando è costituito dagli elementi necessari e dai requisiti di leggitimità di cui si compone per legge – F. Caringello – L. Delpino – F. Del Giudice, Diritto Amministrativo, 2003, pag. 468 e ss.

[142] Cioè le condizioni richieste affinché l'atto produca i suoi effetti. Si distinguono: a) requisiti di esecutività, in virtù dei quali l'atto già perfetto può essere portato ad esecuzione (es. atti di controllo); b) requisiti di obbligatorietà, in virtù dei quali l'atto già perfetto ed esecutivo diviene obbligatorio nei confronti dei destinatari (es. notificazione).

[143] Occorre chiarire che, sebbene il bene privato vanti *ab origine* le caratteristiche e la rilevanza di bene culturale è solo attraverso la dichiarazione ex art. 13 e la sua notifica, debitamente eseguita al proprietario, possessore o detentore, che si attua la compressione alla libera disponibilità del bene da parte dei privati. T. Alibrandi – P.G. Ferri, op. cit., pag. 269.

[144] M. Grisolia, La tutela delle cose d'arte, Roma, 1952, pag. 253 e ss.; Cons. Stato, 12 dicembre 1992, n. 1055; Cons. Stato, 7 ottobre 1987, n. 802.

[145] Cons. gist. amm. sic., 4 febbraio 1985, n. 1985

[146] Cons. Stato, 27 ottobre 1970, n. 701.

[147] S. Benini, Notifica e trascrizione del vincolo di interesse storico – artistico al proprietario catastale, Fi, 1994, I, n. 2908; Pret. Firenze, 19 giugno 1990, in Foro it., 1992, II, c, 374, secondo cui "la nullità della notificazione

Un altro orientamento ritiene invece che la notifica sia un elemento costitutivo del vincolo onde la sua nullità o irregolarità determina l'invalidità del vincolo e l'impossibilità per l'Amministrazione di esercitare la prelazione in caso di alienazione del bene.[148]

Pertanto "è viziato da eccesso di potere, per difetto dei presupposti, il provvedimento di prelazione esercitato sulla vendita di un appartamento, il cui vincolo non era efficace nei confronti del dante causa che non aveva ricevuto la relativa notifica al momento della stipula dell'atto notarile".[149]

Senza la notifica o in caso di sua nullità il vincolo non sorge e l'atto di alienazione del bene produce l'effetto traslativo suo proprio.

Tra le due tesi appare preferibile quella che attribuisce efficacia dichiarativa alla notifica in quanto questa assolve ad una funzione recettizia di comunicazione formale dell'imposizione del vincolo.[150]

Il vincolo, si è detto, nasce in forza del provvedimento amministrativo che accerta, attraverso l'attività tecnico – discrezionale dell'Amministrazione, l'esistenza dell'interesse culturale, onde la successiva notifica rende solo noto ai destinatari che da quel momento l'imposizione del vincolo è efficace.

Ciò significa che la dichiarazione di cui all'art. 13 del Codice, regolarmente portata a conoscenza del proprietario, del possessore o del detentore, rende il vincolo ad essi opponibile.

Pertanto la notifica non crea il vincolo, ma solo enuncia ai destinatari che da quel momento il vincolo è opponibile.

Inoltre l'art. 15 del Codice stabilisce che, a cura del soprintendente, la dichiarazione notificata deve essere trascritta presso la conservatoria dei pubblici registri, al fine dell'efficacia del vincolo nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore del bene culturale a qualsiasi titolo.

Anche in ordine alla successiva trascrizione nei pubblici registri delle dichiarazioni impositiva del vincolo vi è una divergenza di vedute in dottrina e in giurisprudenza.

Secondo la dottrina la trascrizione della dichiarazione non è atto costitutivo del vincolo, ma ha natura dichiarativa, la cui omissione rende il vincolo non trascritto non

---

con cui viene imposto un vincolo di interesse storico – artistico, per omessa sottoscrizione del Ministro o soprintendente, è sanabile sia attraverso il rinnovo dell'atto che attraverso l'acquiescenza del destinatario".

[148] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 402 e ss.; Cons. Stato, 14.12.1979, n. 899.

[149] T.A.R. Lazio, Roma, II, 15 novembre 1990, n. 2055.

[150] M. Cammelli, op. cit., pag. 288.

opponibile nei confronti dei terzi che hanno acquistato il bene culturale prima della trascrizione.[151]

In conseguenza se il bene vincolato è stato acquistato dal terzo con atto trascritto prima della trascrizione del provvedimento del vincolo ed è stato rivenduto con atto trascritto successivamente, al primo trasferimento il vincolo non trascritto non sarà opponibile, mentre sarà opponibile nel caso del secondo trasferimento secondo il principio di continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.).[152]

Sicché non è opponibile l'esistenza del vincolo nei confronti del terzo che ha acquistato il bene culturale altrui in forza di usucapione, se questa si è perfezionata prima della trascrizione del vincolo.[153]

E ciò diversamente da quanto accade nell'ambito della procedura espropriativa dove il provvedimento di esproprio è soggetto a pubblicità notizia[154], cioè al solo scopo di assicurare la continuità delle trascrizioni.[155]

Differente orientamento è seguito dalla giurisprudenza che invece ritiene che la trascrizione ha natura dichiarativa nei confronti del proprietario, a cui il vincolo sia stato notificato, e ha natura costitutiva nei riguardi dei terzi.[156]

Il carattere costitutivo della trascrizione determina poi che, in caso di sua mancanza, il vincolo non sorge e l'atto di alienazione del bene produce l'effetto traslativo suo proprio.

Ma considerare la trascrizione alla stregua di un elemento costitutivo per il sorgere del vincolo culturale fa venire meno la funzione propria dell'istituto della trascrizione quale si configura secondo le regole civilistiche, per cui verrebbe applicato solo nel campo dei rapporti amministrativi un istituto di tipo diverso.[157]

La trascrizione, come si evince chiaramente dall'art. 15 del Codice, "ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo",

---

[151] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 775 e ss.; M. Cammelli, op. cit., pag. 288 e ss.; G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 408 e ss. Ma in dottrina vi è anche l'opinione di chi, pur escludendo la natura costitutiva, attribuisce alla trascrizione efficacia di pubblicità notizia (R. Tamiozzo, La legislazione dei Beni Culturali Paesaggistici, 2004, pag. 328 e ss.) e l'opinione di chi attribuisce alla trascrizione efficacia analoga alla presunzione di conoscenza da parte dei terzi (A. M. Sandulli, op. cit., pag. 1022).
[152] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 775 e ss.
[153] Massimo Plasmati, op. cit., pag. 775 e ss.
[154] F. Caringella, Corse di Diritto Amministrativo, Milano, 2004, pag. 2228, secondo il quale la trascrizione del decreto di esproprio non assolve alla sua tipica funzione dichiarativa ma di mera pubblicità notizia.
[155] Cass., 26 marzo 1977, n. 1190, secondo cui la trascrizione del provvedimento di espropriazione non ha la finalità di risolvere i conflitti ai sensi dell'art. 2644 c.c., ma ha solo la finalità di pubblicità notizia, allo scopo di assicurare la continuità delle trascrizioni.
[156] Cons. Stato, 31 gennaio 1984, n. 26, in Cons. Stato, 1984, I, pag. 84; Cons. Stato 9 gennaio 1997, n. 3, in Cons. Stato, 1997, I, pag. 87.
[157] G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 402 e ss.

sicché per effetto della trascrizione la dichiarazione impositiva del vincolo è opponibile ai terzi.

In sostanza la trascrizione è una forma di pubblicità dichiarativa che rende opponibile ai terzi il fatto giuridico (il vincolo) di cui si è data pubblicità, onde in sua mancanza il vincolo non potrà essere opposto ai terzi anche se essi ne abbiano avuto conoscenza in altro modo.[158]

Di conseguenza "il vincolo culturale notificato e trascritto nei confronti di chi all'epoca non era più proprietario del bene vincolato non è opponibile ai suoi aventi causa e non legittima pertanto in seguito l'esercizio della prelazione nei confronti di questi ultimi".[159]

Inoltre essendo inefficace il vincolo di interesse storico – artistico notificato e trascritto nei confronti di chi, pur apparendo proprietario secondo le risultanze catastali, abbia già in precedenza alienato l'immobile, non può esercitarsi la prelazione da parte del Ministero per i Beni Culturali in occasione di ulteriore alienazione dell'immobile, data l'impossibilità del terzo acquirente, a causa del sistema personale di imposizione dei registri immobiliari, di conoscere l'esistenza del vincolo".[160]

### 4. Le condizioni della prelazione.

Durante il periodo rimesso alla Pubblica Amministrazione per valutare se avvalersi o meno del potere di acquistare in via privilegiata i beni culturali ai sensi dell'art. 60 del Codice, l'atto di alienazione tra privati è sottoposto alla condizione sospensiva dell'avverarsi della prelazione.

In tale situazione di incertezza risulta necessario che le parti si astengono dal compiere atti che possano influire sull'esito della prelazione.

D'altra parte, a tutela della certezza dei rapporti giuridici e delle aspettative delle parti, soprattutto con riguardo alla posizione dell'acquirente, vi è l'esigenza di assicurare tanto al venditore quanto all'acquirente limiti temporali certi e inderogabili per l'esercizio

[158] M. Cammelli, op. cit., pag. 289.
[159] Cons. Stato, VI, 6 aprile 2004, n. 1851.
[160] Trib. Roma, 11 febbraio 1994, in Foro it., 1994, I, 2908.

della prelazione, onde avere l'effettiva conoscenza in merito alla sorte del contratto concluso, ma sottoposto a condizione.[161]

In conseguenza l'art. 61 del Codice prescrive l'osservanza delle condizioni e delle modalità a presidio dell'esercizio della prelazione, in difformità delle quali l'Amministrazione perde il potere concesso ai sensi dell'art. 60 e ai privati sono comminate le sanzioni previste dagli artt. 164 e 173 del Codice.

Tra tali condizioni spiccano[162]:

a) il termine per l'esercizio della prelazione;

b) la natura recettizia del provvedimento di prelazione;

c) il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato;

d) la non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione;

e) la facoltà di recesso in favore dell'acquirente;

f) il limite temporale in caso di denuncia omessa o tardiva ovvero incompleta.

Appare pertanto necessario procedere all'esame di ciascuna di esse.

### 4.1 Il termine per l'esercizio della prelazione.

La prelazione deve essere esercitata nel termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia dell'atto di alienazione (art. 61, comma 1).[163]

La decorrenza del termine si ha a partire dal momento in cui la denuncia è stata inoltrata al competente soprintendente (art. 59, comma 3).

Il termine non decorre se la denuncia è presentata direttamente al Ministero e decorrerà invece dal momento in cui il soprintendente ne avrà avuto effettiva conoscenza.[164]

Entro il termine di sessanta giorni il provvedimento di prelazione deve essere non solo adottato, ma anche notificato all'alienante e all'acquirente (art. 61, comma 3) sia che

[161] Cons. Stato, Sez. VI, 13 marzo 2001, n. 1429.
[162] G. Fares, La prelazione artistica nel codice dei beni culturali, in Studium Iuris, 2006, fasc. 2, pag. 146.
[163] Per la denuncia dell'atto di alienazione, supra al IV, n. 2.
[164] T.A.R. Molise, 27.03.2003, n. 296; Cons. Giust. Amm. per la Sicilia, 2.3.1990, n. 22, in Cons. Stato, I, 497.

la prelazione venga esercitata dallo Stato[165] sia che venga esercitata dagli Enti territoriali locali (art. 62, comma 3).[166]

Il termine per l'esercizio della prelazione è perentorio.[167]

Tuttavia, la scadenza del termine in un giorno festivo è prorogata al giorno successivo non festivo.[168]

Trascorso il periodo di sessanta giorni senza che la prelazione sia stata esercitata, l'Amministrazione decade dalla relativa facoltà e non può più esercitarla.[169]

### 4.2 La natura recettizia del provvedimento di prelazione.

La prelazione deve essere esercitata dalla Pubblica Amministrazione mediante l'emissione del provvedimento prelazionario e mediante la successiva notifica all'alienante e all'acquirente nei termini di legge (art. 61, commi 1, 2 e 3).

La notificazione ad entrambi i destinatari produce, dalla data dell'ultima notifica, l'effetto del passaggio del bene culturale dalla proprietà privata alla proprietà in mano pubblica.

Sicché la notifica del provvedimento amministrativo effettuata dall'Amministrazione è l'atto conclusivo del procedimento di prelazione e va eseguita presso i destinatari nei termini di legge.

Il che significa che il provvedimento prelazionario è un atto a carattere recettizio[170] con la conseguenza che, se la notifica ai destinatari è eseguita oltre i termini di legge, il procedimento non produce alcun effetto e viene meno il potere dell'Amministrazione di esercitare la prelazione.[171]

---

[165] Infra al IV, n. 2.
[166] Infra al IV, n. 3.
[167] Cons. Stato, VI, 28 agosto 1995, n. 819; T.A.R. Campania, Salerno, I, 16 ottobre 2003, n.1150.
[168] Cass., Sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386.
[169] Cass. 15.4.2003, n. 5993, secondo cui "superato detto termine viene meno il potere dell'Amministrazione di comprimere il diritto reale del privato e questo può essere tutelato soltanto mediante il ricorso al Giudice ordinario.
[170] L'atto di esercizio della prelazione è recettizio e deve essere comunicato ad entrambe le parti: Cons. Stato, 1 ottobre 2003, n. 5705; T.A.R. Lazio, Roma, 23 agosto 2001, n. 7012.
[171] Cass. 15 aprile 2003, n. 3993, che ha ribadito il principio secondo cui la prelazione oltre i termini di legge sarebbe esercitata in assoluta carenza di potere con devoluzione della controversia in materia al Giudice ordinario. Supra nota n. 169.

### 4.3 Il divieto di consegnare il bene in pendenza del contratto condizionato.

L'art. 61, comma 4, stabilisce che in pendenza del termine di sessanta giorni, entro cui la prelazione deve essere esercitata, l'atto di vendita rimane sospensivamente condizionato ed è fatto divieto all'alienante di effettuare la consegna del bene.

L'atto di alienazione compiuto contro il divieto è nullo ai sensi dell'art. 164 e non crea possesso legittimo o di buona fede.[172]

La illecita consegna del bene è pure punita penalmente ai sensi dell'art. 173, comma 1, lettera c), con la reclusione fino ad un anno e la multa da euro 1.549,50 a euro 77.469.

Il divieto è posto con riferimento al comma 1, (in pendenza dei sessanta giorni) e non con riferimento al comma 2 dello stesso art. 61 (in pendenza dei centottanta giorni), sicché omettendo la denuncia ovvero presentandola tardivamente o in maniera incompleta potrebbe sembrare legittimo consegnare il bene dopo i 60 giorni.

Ma, poiché una tale interpretazione, anche alla luce dell'art. 173, comma 1, lettera c), appare aberrante, nella formulazione dell'articolo in questione va incluso anche il riferimento al comma 2.[173]

A differenza del corrispondente comma 3 dell'art. 60 del T.U. 490/1990, che stabiliva, in pendenza del termine di legge, l'inefficacia del contratto ("l'atto di alienazione è inefficace"), il comma 4 dell'art. 61 del Codice prevede invece che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione ("rimane sospensivamente condizionato").

Sicché l'atto di alienazione, validamente costituito, si configura come un "contratto condizionale",[174] dove la pendenza del termine costituisce una condizione estrinseca futura e incerta di efficacia del contratto del *genus* delle *conditiones iuris.*

Dall'avveramento o meno della condizione dipende poi la produzione degli effetti o l'impossibilità definitiva che essi possano essere prodotti (art. 1353 c.c.).

Tuttavia, in pendenza della condizione, possono essere compiuti atti conservativi in base all'art. 1356 c.c. (l'acquirente può chiedere il sequestro del bene) o dispositivi in

[172] Cass. 7 aprile 1992, n. 4260, in F.I., 1992, I, 2402.
[173] AA.VV. Commentario al Codice dei beni culturali e del Paesaggio, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, pag. 184.
[174] P. Monteleone, op. cit., pag. 832.

base all'art. 1357 c.c. (l'acquirente può disporre del diritto purché subordinato alla stessa condizione sospensiva).

Nel caso in cui la condizione si verifichi (cioè sia stata esercitata la prelazione) gli effetti retroagiscono al tempo della conclusione del contratto, *ex tunc,* secondo quanto previsto dall'art. 1360 c.c.[175]

Pertanto il negozio di alienazione, condizionato sospensivamente (art. 61, comma 4) rende incerti gli effetti, in pendenza della condizione (salvo gli atti conservativi e dispositivi), e non li potrà definitivamente produrre o cesserà definitivamente di produrli a seguito dell'esercizio della prelazione, con la conseguenza che l'alienazione si deve considerare come non avvenuta, con effetti liberatori sia per l'alienante che per l'acquirente[176].

### 4.4 La non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione.

L'esercizio della prelazione, attuato in forza del provvedimento amministrativo e della sua notifica all'alienante e all'acquirente nei termini di legge, determina l'acquisizione della proprietà del bene in favore della Pubblica Amministrazione.

Ciò però non comporta che l'Amministrazione sia tenuta al rispetto delle clausole pattuite dalle parti private, dato che l'art. 61, comma 5, dispone che "le clausole del contratto di alienazione non vincolano lo Stato".

La giurisprudenza interpreta in maniera estensiva il comma 5 dell'art. 61 ritenendolo applicabile non solo alle clausole accessorie con cui si precisano le obbligazioni assunte dalle parti o con cui si stabiliscono condizioni di efficacia o modalità di adempimento, ma anche "a tutte le clausole che in qualsiasi modo possono compromettere il vincolo pubblico, comprese quelle che, attraverso una limitazione dell'oggetto del contratto, si risolvono in un impedimento o in un condizionamento dell'esercizio della prelazione"[177], che non può non investire la cosa nella sua unitarietà e interezza .

---

[175] P. Monteleone, op. cit., pag. 832.
[176] G. Leone – A. L. Tarasco, op.cit., pag. 415; M. Cammelli, op. cit., pag. 293, secondo cui l'atto di alienazione è anche efficace in quanto se fosse inefficace gli atti conservativi e dispositivi non potrebbe essere compiuti.
[177] Cass. 17 gennaio 1985, n. 117, in F. I., 1985, I, 1070.

In conseguenza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, anche la clausola che riserva all'alienante la comproprietà di una parte dell'immobile unico ed indivisibile non è vincolante per lo Stato.[178]

Ma la disposizione in esame dell'art. 61, comma 5, facendo riferimento alle clausole contrattuali, non può riguardare anche il rapporto sostanziale[179], come asserito dalla giurisprudenza.

La previsione riguarda invece le clausole relative all'esecuzione del contratto (ad es., clausola compromissoria, clausola di risoluzione o di consegna differita, ecc.), che comunque si pongono in contrasto, ove apposte, con l'acquisto delle proprietà da parte della Pubblica Amministrazione libera da pesi e limitazioni.

Pertanto appare valida la clausola contenuta nella vendita di un immobile con cui l'alienante riserva a proprio favore l'usufrutto, perché in tal caso la prelazione può essere applicata alla nuda proprietà e l'usufrutto non si pone in contrasto con la natura demaniale che il bene acquista a seguito della prelazione.[180]

### 4.5 La facoltà di recesso dell'acquirente.

L'art. 61, comma 6, riconosce all'acquirente la facoltà di recedere dal contratto di alienazione qualora il Ministero eserciti la prelazione su una parte soltanto delle cose alienate.

In tal caso la prelazione "si riferisce ai beni facenti parte di *universitates* o raccolta di cose di interesse storico-culturale, come menzionate dall'art. 822 c.c., sulla base di un vincolo funzionale di destinazione" che non altera il regime giuridico e la separazione dell'insieme.[181]

L'acquirente dunque si vede sottrarre parte dei beni, oggetto del contratto di alienazione, e non può più conseguire la prestazione originariamente pattuita che è divenuta impossibile per la parte su cui è stata operata la prelazione.

---

[178] Supra al II, n. 3 .
[179] A. Mansi, op. cit., pag. 264.
[180] Cons. Stato, VI, 24.5.1995, n. 348, essendo la nuda proprietà un diritto reale economicamente apprezzabile ed idoneo ad assicurare alla Pubblica Amministrazione poteri di gestione del bene. Supra al II, n. 3.
[181] T.A.R. Toscana, I, 30 maggio 1990, n. 511, TAR, 1990, I, 2672

L'art. 61, comma 6, prevede per lui la facoltà di recesso che però non è un vero e proprio diritto di recesso, puntuale e preciso, *ad nutum*.

D'altra parte, in caso di comportamento non colpevole dell'alienante, un recesso *ad nutum* apparirebbe eccessivo.

In conseguenza l'acquirente dei beni culturali oggetto di prelazione parziale si trova nella medesima situazione dell'acquirente di cose divenute parzialmente impossibili ai sensi degli artt. 1256 e 1464 del Codice Civile.

L'art. 1256 c.c. prevede che, a fronte della prestazione del debitore divenuta impossibile, l'obbligazione si estingue se il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione.

Inoltre l'art. 1464 c.c. prevede che l'acquirente ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione dovuta ovvero può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

Pertanto anche l'acquirente del bene culturale soggetto in parte a prelazione, nel caso in cui ritenga di recedere dal contratto, dovrà dimostrare, nei confronti del venditore incolpevole, le proprie ragioni secondo le disposizioni del Codice Civile sopra richiamate.[182]

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

L'art. 61 del Codice, oltre al caso (comma 1) in cui la prelazione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine di sessanta giorni dalla recezione di una valida denuncia di alienazione del bene ai sensi dell'art. 59, prevede anche il caso (comma 2) in cui la denuncia è stata omessa o presentata tardivamente ovvero risulti incompleta.

In tali ipotesi la prelazione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero abbia ricevuto la denuncia tardiva ovvero abbia comunque acquisito (denuncia omessa o incompleta) tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 59, comma 4.

[182] A. Mansi, op. cit., pag. 264 e ss.

In particolare, il comma 2, dell'art. 61, indica il Ministero come organo destinatario della denuncia tardiva e come organo preposto ad acquisire gli elementi costitutivi della denuncia omessa o incompleta, individuando a tale scopo (secondo la distribuzione della competenza di cui al DPR 173/2004) l'organo centrale (Direttore generale) e non quello periferico del Ministero perché altrimenti avrebbe fatto riferimento al competente soprintendente, come nelle ipotesi previste dall'art. 59, comma3, e dell'art. 62, comma 1.

L'individuazione dell'organo centrale ha comunque una ricaduta sul termine di scadenza effettivo, ove si consideri che la conoscenza del Ministero non può non essere filtrata attraverso quella del soprintendente.

La previsione del termine di 180 giorni di cui all'art. 61, comma 2, costituisce una disposizione innovativa rispetto alla legislazione previgente in materia.

Con essa il legislatore ha inteso evitare gli effetti aberranti che possono derivare da una denuncia imprecisa o incompleta.

Infatti la Pubblica Amministrazione, senza tale limite temporale, potrebbe esercitare la prelazione in ogni tempo (anche se a conoscenza della vendita), traendo occasione dalla incompletezza della denuncia per ricercare con discrezionalità accentuata (e certo arbitraria) il corretto domicilio o le corrette generalità di una delle parti del contratto di alienazione.[183]

Sotto il vigore della legislazione previgente, si è verificato in favore dello Stato un ingiustificato arricchimento per effetto dell'acquisizione del bene ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello di mercato, dovuto alla prelazione esercitata, a motivo di irregolare denuncia, dopo un amplissimo e ingiustificato lasso di tempo dalla compravendita e al prezzo all'epoca fissato.[184]

In conseguenza la norma di cui al comma 2 dell'art. 61 ha cercato di contemperare, adeguandosi alla nota decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 5 gennaio 2000, le esigenze del venditore di non ricevere un depauperamento per

---

[183] AA.VV. Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, op. cit. , pag. 183.

[184] Il quadro di Van Gogh "Il giardiniere" è stato pagato dallo Stato in valore nominale del 1977, data dell'acquisto, mentre la prelazione è avvenuta nel 1988. Su ciò si è abbattuta, la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 5 gennaio 2000, in F.I., 2000, IV, 97, secondo la quale "viola il diritto di proprietà, in quanto determina un'alterazione del giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo, la condotta delle autorità italiane che, pur informate nel 1983 sull'identità dell'acquirente del quadro di Van Gogh "Il giardiniere", solo nel 1988 hanno esercitato nei suoi confronti il diritto di prelazione, alle condizioni in cui egli, pur in violazione delle regole sulla denuncia ai fini della prelazione artistica, acquistò il quadro nel 1977 a mezzo di mandatario, ed hanno così realizzato un guadagno ingiustificato in danno del ricorrente"

una prelazione esercitata dopo lunghissimo tempo, per fatti imputabili all'Amministrazione, e le esigenze dello Stato che non può esercitare la prelazione in mancanza della conoscenza dell'atto di vendita.[185]

## III. La nullità degli atti di alienazione.

### 1. La violazione dell'art. 164.

L'art. 164, comma 1, del Codice prevede espressamente la nullità degli atti (alienazioni, convenzioni ed atti giuridici in genere) posti in violazione delle norme giuridiche che regolano la circolazione dei beni culturali privati ovvero compiuti "senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte".

In particolare tale nullità concerne sia glia atti di trasferimento della proprietà (vendita, permuta, donazione, vendita parziale, qualsiasi negozio giuridico comportante l'alienazione) che gli atti di cessione della detenzione dei beni privati posti in essere senza l'adempimento dell'obbligo della denuncia e delle altre prescrizioni di cui agli artt. 59, 60,61, e 62 del Codice.[186]

Per l'art. 164 gli atti di alienazione e il contratto di locazione sono nulli non perché non sono stati validamente posti in essere secondo le norme del Codice Civile, ma perchè non sono stati regolarmente denunciati ai sensi dell'art. 59 del Codice.

Si tratta quindi di una nullità a-tecnica in quanto costituisce una sanzione di natura civilistica e non indica un vizio genetico del negozio di alienazione (l'atto in sé è perfettamente valido, ma è viziato per legge, perché la denuncia è stata omessa in contrasto con le prescrizioni contenute nell'art. 59).

Di conseguenza la Corte di Cassazione ha costantemente affermato che, essendo prevista per i beni culturali la disciplina della legge speciale, l'inosservanza di questa non determina l'applicazione delle norme del Codice Civile (artt. 1418 c.c. e ss.), ma l'applicazione della sanzione della nullità prevista dall'art. 164 del Codice.[187]

---

[185] M. Cammelli, op. cit., pag. 294.
[186] P. Monteleone, op. cit. pag 835.
[187] Cass. 15 maggio 971, n. 1440; Cass. 12 giugno 1990, n. 5688; Cass. 10083/1998.

La nullità in questione può essere fatta valere solo dallo Stato e, in deroga all'art. 1421 c.c., non può essere fatta valere nei rapporti tra i soggetti privati che hanno concluso il contratto per espressa previsione dell'art. 164, comma 2, secondo cui "resta salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'art. 61, comma 2".[188]

La cassazione ha anche sempre ribadito che "la nullità…per gli atti effettuati in spregio delle disposizioni della legge stessa è stabilita nel solo interesse dello Stato e non può quindi essere fatta valere nei rapporti tra i soggetti privati. Trattasi in vero di un istituto posto in essere per il perseguimento di un fine proprio dello Stato, quale depositario e titolare della tutela del patrimonio storico e artistico della collettività, ed al quale rimangono quindi totalmente estranei quegli altri e diversi interessi attinenti unicamente ai rapporti con i singoli soggetti privati, e che per nulla possono incidere sui predetti interessi statuali".[189]

Pertanto gli atti di alienazione, che non sono invalidi ex sé, ma solo a causa della denuncia omessa (cui va equiparata la denuncia priva delle indicazioni contenute nell'art. 59, comma 4, o con indicazioni incomplete o imprecise), continuano a vincolare le parti e a produrre gli effetti loro propri fin quando lo Stato non eserciti concretamente la prelazione.[190]

A tale scopo il Ministero può intervenire nella circolazione dei beni culturali ed esercitare il potere ablativo di prelazione a partire dal momento in cui ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della denuncia (art. 61, comma 2, richiamato dall'art. 164, comma 2).[191]

Secondo la Cassazione la nullità in parola va annoverata tra i casi di nullità relativa,[192] spettando solo allo Stato l'esercizio dell'azione giudiziaria per l'applicazione della nullità e non essendo rilevabile di ufficio né da chiunque vi abbia interesse, cioè le parti.

---

[188] Cass. 15.5.1971, n. 1440: " La nullità delle convenzioni non notificate al Ministero…con cui vengono trasferiti i beni di rilevante interesse artistico è posto nel solo interesse dello Stato e non può essere fatto valere tra le parti".

[189] Tale orientamento della Cassazione è rimasto costante. Ad esempio, Cass. 12 giugno 1990, n. 5688.

[190] Infatti la Cassazione (sentenza 1440/1971) ha affermato che l'acquirente dal bene vincolato non perde il diritto di proprietà, acquistato con la convenzione, fino al momento in cui viene legittimamente esercitato il potere di prelazione da parte dello Stato con la conseguenza che lo stesso può esercitare tutti i diritti connessi alla qualità di proprietario, ivi compreso il potere di intimare al conduttore dell'immobile lo sfratto per finita locazione.

[191] Supra al II, n. 4.6 e al IV, n. 2.

[192] Cass., Sez III, 12 ottobre 1998, n. 10083.

Anche la giurisprudenza amministrativa[193] condivide la tesi della nullità relativa affermando che non può essere rilevata né dai privati né di ufficio e può produrre l'esercizio della prelazione da parte dello Stato anche a notevole distanza di tempo della vendita non denunciata.[194]

Sulla tesi della nullità relativa la dottrina[195] si mostra critica ed una parte di essa ritiene si tratti più propriamente di inefficacia e di inopponibilità nei confronti dello Stato.[196]

Infatti, diversamente dai casi di nullità in senso tecnico, alla nullità di cui all'art. 164 non è applicabile quanto stabilito dall'art. 1422 c.c., secondo il quale l'azione di nullità civile è imprescrittibile, ma sono fatti salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione dell'azione di ripetizione.

Invece quando lo Stato fa valere la nullità dell'alienazione del bene culturale, in applicazione dell'art. 164, "l'acquirente perderà comunque la proprietà del bene anche se l'ha usucapita e neppure potrà invocare l'avvenuta prescrizione dell'azione di ripetizione".[197]

Di conseguenza la nullità ex art. 164, ove sia fatta valere dall'Amministrazione, comporta la caducazione del trasferimento del bene culturale sia nei confronti dell'acquirente sia nei confronti degli ulteriori terzi di buona fede, cioè successivi acquirenti.

Essendo la nullità comminata di diritto, l'invalidità dell' alienazione è insensibile alla volontà delle parti stipulanti ed al fatto che l'acquirente abbia stipulato senza esserne a conoscenza, con la conseguenza che risulta opponibile ai successivi acquirenti. [198]

## IV. Il procedimento di prelazione.

---

[193] Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923.

[194] Il Ministero può fare valere la prelazione in qualunque momento fino a quando non ha comunque acquisito tutti gli elementi dalla denuncia. Il contratto rimane di conseguenza sospensivamente condizionato all'esercizio della prelazione da parte della Pubblica Amministrazione nei termini e secondo le condizioni stabilite dagli artt. 61 e 62 del Codice.

[195] T. Alibrandi – P. G. Ferri, op. cit., pag. 420.

[196] F. De Maria, art. 164, violazione in atti giuridici, in Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, a cura di M. Cammelli, op. cit., pag. 650.

[197] P. Monteleone, op. cit., pag. 837.

[198] L'Amministrazione non è neppure tenuta a notificare il provvedimento di prelazione agli altri successivi acquirenti, essendo sufficiente la notificazione alle parti dell'originario atto di alienazione. G. leone – A. L. Marasco, op. cit., pag. 422.

**1. La motivazione dell'atto.**

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

Il carattere discrezionale di tale provvedimento che costituisce una facoltà del Ministero o dell' Ente territoriale interessato (art. 60), ha comunque indotto a ritenere[199] doverosa una motivazione che espliciti le ragioni che hanno spinto la Pubblica Amministrazione, nel caso concreto, ad esercitare la prelazione incidendo sulle situazioni dei soggetti privati.

Inoltre, essendo la prelazione uno strumento di politica culturale con duttilità di impieghi, appare rilevante un collegamento della motivazione del provvedimento di prelazione con le finalità dell'istituto[200], per esplicitare in concreto la finalità specifica, cui è stato preordinato, rispetto ai molteplici fini cui può essere astrattamente preordinato.

In ogni caso l'obbligo della motivazione è previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15[201].

Ma sul suo contenuto sussistono difformità di vedute.

La dottrina avverte la necessità della motivazione[202], salvo a ritenere da parte di alcuni che il relativo obbligo va interpretato, in adesione ad un indirizzo giurisprudenziale più recente, in maniera più attenuata e con richiamo alle stesse ragioni che hanno portato all'imposizione del vincolo[203] o a ritenere da parte di altri che la motivazione della prelazione può essere riportata per *relationem* alla motivazione dell'importanza dell'interesse culturale definita nel provvedimento di vincolo[204] ovvero ad escludere da parte di altri ancora l'obbligo di motivazione in quanto l'esercizio della prelazione trova giustificazione nella motivazione dell'atto impositivo del vincolo[205].

---

[199] L. Leone , Obblighi di motivazione nell'esercizio della prelazione artistica, in Beni ed attività culturali, 2002, pag. 447 e ss.; Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923.
[200] Supra al II, n. 1.
[201] L'art. 3 della legge 241/1990 non ha subito modifiche , continuando ad imporre l'obbligo della motivazione, ma deve essere contemperato con la disposizione dell'art. 21-octies della legge 15/2005, secondo cui nei provvedimenti vincolanti il difetto o la mancanza di motivazione deve considerarsi ininfluente (Cons. Stato., VI, 2002, n. 539), mentre si deve ammettere in corso di giudizio una integrazione della motivazione senza che possa essere opposto un diritto dell'interessato ad ottenere ad ogni costo l'annullamento del provvedimento (Cons.stato.,VI, 2003, 1054).
[202] L. Leone , Obblighi di motivazione nell'esercizio della prelazione artistica, in Beni ed attività culturali, 2002, pag. 447 e ss.; G. Fares, La prelazione artistica nel Codice dei Beni Culturali, in Studium Iuris, 2006, fasc. 2, pag. 142 e ss.
[203] M. R. Cozzuto Quadri, op. cit., pag 161 e ss.
[204] T. Autieri, op. cit., pag. 259 e ss.
[205] A. Mansi , op. cit., pag. 245, secondo il quale l'art. 60 del Codice non pone a carico dello Stato alcun obbligo di giustificare l'esercizio del diritto di prelazione.

La giurisprudenza invece, in base ad un consolidato orientamento, richiede una puntuale motivazione, in quanto l'esercizio della prelazione rientra nella potestà discrezionale dell'Amministrazione[206].

In particolare si tratta di una scelta discrezionale sindacabile attraverso la sola verifica dell'eccesso di potere[207].

Alcune pronunce hanno ritenuto invece che le ragioni relative alla rilevanza dell'acquisto del bene per lo Stato sono affatto insindacabili in quanto attinenti al merito amministrativo[208].

Ma secondo altre pronunce lo Stato che intende acquistare i beni deve valutare non solo la rilevanza culturale e il valore dei beni, ma deve anche comparare l'interesse pubblico attuato con la prelazione e l'interesse che viene sacrificato[209].

La giurisprudenza è pervenuta a tali diverse conclusioni perché a volte ha fatto prevalere la natura ablatoria del provvedimento, ritenendo che la prelazione fosse riconducibile nella categoria dei provvedimenti ablatori reali di natura discrezionale[210] ; mentre a volte ha ritenuto che la motivazione dovesse rendere esplicita la rilevanza dell'acquisto del bene ai fini della funzione pubblica che questo deve svolgere nell'ottica dell'interesse pubblico culturale[211].

La giurisprudenza ha anche ritenuto che la rilevanza del bene sotto il profilo dell'interesse culturale non deve essere valutata al momento della prelazione, ma deve essere valutata con il diverso atto di imposizione del vincolo, onde l'atto di prelazione non necessita di una particolare motivazione sull'interesse pubblico, essendo lo stesso ravvisabile in *re ipsa,* cioè nel fatto stesso dell'esistenza del vincolo[212].

---

[206] Cons. Stato, VI, 18 luglio 1997, n. 1125; Cons. Stato, VI, 3 aprile 1992, n. 226, secondo cui "il provvedimento che esercita la prelazione...incidendo sulla sfera giuridica dei contraenti deve essere adeguatamente motivato"; Cons. Stato, VI, 7 ottobre 1998, n. 1296; Cons. Stato, VI, 9 marzo 1988, n. 323, secondo cui il provvedimento di prelazione è riconducibile nell'ambito dei provvedimenti ablatori di natura discrezionali; Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923; Cass. 17 febbraio 1976, n. 514.

[207] T.A.R. Lazio, sez. II, 12 giugno 1993, n. 710.

[208] Cons. Stato, VI, 11 settembre 2003, n. 5104, in Cons. Stato, I, 1922.

[209] Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923: il provvedimento di prelazione deve essere motivato "in merito all'interesse pubblico attuale all'acquisizione al patrimonio statale al fine della tutela del bene".

[210] Cons. Stato, VI, 9 marzo 1988, n. 323, secondo cui il provvedimento di prelazione è riconducibile nell'ambito dei provvedimenti ablatori di natura discrezionali; Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923; Cass. 17 febbraio 1976, n. 514; Cons. Stato, VI, 8 aprile 2002, n. 1089; Cass. 8 febbraio 1982, n. 720, secondo cui l'acquisto in via di prelazione viene coattivamente imposto al privato per il conseguimento di un interesse pubblico; Corte Costituzionale, 20 giugno 1995, n. 269, secondo cui la prelazione è inquadrata nell'ambito dei provvedimenti ablatori con caratteristiche particolari rispetto all'espropiazione.

[211] Cons. Stato, VI, 9 marzo 1988, n. 323; Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923, secondo cui "la prelazione...presuppone la necessità che esistono e siano indicate in motivazione le esigenze che giustifichino la prelazione in chiave di migliore tutela, valorizzazione e fruizione del bene culturale.

[212] T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 28 febbraio 1995, n. 35.

Ulteriori pronunce richiedono invece una indicazione della motivazione, sia pure sommaria o sintetica e per *relationem,* riguardo al fine di assicurare la maggiore tutela sotto il profilo della conservazione monumentale[213].

Altre pronunce ancora hanno ritenuto che il provvedimento di prelazione deve essere motivato in relazione a esigenze attuali al momento della sua adozione e non in relazione a fatti o situazioni pregresse esistenti in passato[214].

Infine, sull'assunto che la prelazione non costituisce espressione di una potestà, bensì manifestazione di un diritto potestativo, per il cui esercizio non è richiesta alcuna specifica esternazione delle ragioni sottostanti l'esercizio del diritto, la motivazione viene ritenuta assorbita, quale conseguenza naturale, nel vincolo a suo tempo imposto sul bene[215].

Tuttavia, la problematica va ora riconsiderata con l'emanazione del D.Lgs. 156/2006, modificativo dell'art. 62, comma 2, del Codice adottato con il D.Lgs. 42/2004, che ha previsto espressamente l'obbligo della Regione e degli altri Enti pubblici territoriali di dare una motivazione in ordine alle "specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene".

Tale previsione è conseguente alla rilevanza data dal Codice alla collaborazione e alle iniziative dei proprietari privati in ordine alla valorizzazione dei beni culturali[216], per cui sorge l'esigenza di una motivazione volta a giustificare perché il soggetto pubblico interessato potrebbe meglio del privato valorizzare i beni culturali a seguito della prelazione[217].

Sicché appare strano che tale motivazione,obbligatoria per la Regione, la Provincia ed il Comune, possa non valere quando sia lo Stato ad esercitare la prelazione.

## 2. Il procedimento per lo Stato: comunicazione di avvio, denuncia dell'atto di trasferimento, adozione del provvedimento e sua notifica, impegno contabile.

[213]Cons. Stato, VI, 7 ottobre 1998, n. 1296; Cons. Stato, VI, 23 settembre 1997, n. 1363.
[214] Cons. Stato, VI, 18 luglio 1997, n. 1125; T.A.R. Lazio, Roma, 12 giugno 1993, n. 710.
[215] T.A.R. Lombardia, sez. I, 30 aprile 2004, n. 1574.
[216] Supra Premessa, n. 2.
[217] M.A. Sandulli, op. cit., pag. 464.

Appare controverso in giurisprudenza se il provvedimento con il quale l'Amministrazione esercita la prelazione debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento[218] all'alienante e all' acquirente in applicazione dell'art. 7 della legge241/1990.[219]

Tuttavia, a un attento esame della questione, una tale necessità risulta esclusa.[220]

Anzitutto il procedimento di prelazione si attiva, di norma, a seguito di denuncia ex art. 59 del Codice da parte dello stesso proprietario per cui si deve presumere che questi sia a conoscenza delle conseguenze connesse per legge a tale sua dichiarazione.[221]

Inoltre, poiché la prelazione si esercita su di un atto di trasferimento rispetto al quale il proprietario ha già manifestato la sua volontà di alienare, non si vede quale altro elemento di conoscenza utile potrebbe egli apportare con il suo intervento per influire nelle valutazioni di acquisto da parte dell'Amministrazione.[222]

Né può ritenersi legittimato ad intervenire il terzo acquirente che si trova in una posizione di sola aspettativa.

D'altra parte va tenuto presente che, a seguito delle novità introdotte dall'art. 21 – octies della legge 15/2005 di riforma della legge 241/1990, è escluso comunque che la mancata comunicazione di avvio del procedimento possa comportare l'annullabilità del provvedimento di prelazione "qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto di tale provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".[223]

---

[218] Nella fattispecie in esame il provvedimento di prelazione è adottato, come ogni altro provvedimento della Pubblica Amministrazione, a conclusione di un procedimento amministrativo così articolato: a) fase dell'iniziativa (fase propulsiva, di norma, ad iniziativa privata ex art. 59, salvo i casi particolari ad iniziativa di ufficio ex art. 61, comma 2); b) fase istruttoria (fase diretta ad acquisire e valutare fatti e documenti); c) fase decisoria (fase relativa alla formazione dell'atto e alla sua emanazione), d) fase integrativa dell'efficacia (fase diretta a portare a conoscenza dei destinatari il provvedimento adottato affinché possa produrre gli effetti). Tale scansione del procedimento prelazionario rispecchia l'articolazione tradizionale del procedimento amministrativo, quale insieme degli atti preordinati alle emanazione del provvedimento conclusivo. Il procedimento può essere anche segmentato in fase endoprocedimentali di più atti connessi, che costituiscono sub-procedimenti all'interno del procedimento principale. A.M. Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, Napoli, 1984; Landi-Potenza, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 2000; Casetta, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 2000; pag. 379; F. Caringella, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 2001; F. Caringella- L. Delpino – F. Del Giudice, Diritto Amministrativo, Napoli, 2003, pag. 507 e ss.

[219]Escludono l'avviso di avvio del procedimento: Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2001, n. 685; T.A.R. Toscana, III, 30 gennaio 2001, n. 97; T.A.R. Molise, 27 marzo 2003, n. 296. Lo ammettono: Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2001, n. 923; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 976.

[220]T . Autieri, op. cit., pag. 254 e ss.

[221] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 406.

[222] T . Autieri, op. cit., pag. 254.

[223] Così recita l'art. 21 – octies della legge 15/2005, che ha inteso, quindi, l'avviso di inizio del procedimento non in senso formale, ma in senso sostanziale, per cui la sua omissione non è di per sè causa di annullabilità del provvedimento conclusivo, ponendo la facoltà per l'Amministrazione di dimostrare in giudizio che il

Tuttavia, nel caso in cui la denuncia sia stata omessa ovvero risulti incompleta (art. 61, comma 2), poiché in tal caso il procedimento di prelazione è attivato d'ufficio, quando il Ministero ha conseguito comunque tutti gli elementi del negozio di alienazione, l'Amministrazione è tenuta ad inviare la comunicazione di avvio del procedimento come in tutti gli altri casi di procedimenti di ufficio.[224]

Trattandosi normalmente di procedimento ad iniziativa di parte, l'esercizio della prelazione è attivato in conseguenza della denuncia di cui all'art. 59 del Codice.

Infatti, l'Amministrazione viene a conoscenza, in via formale, degli atti di alienazione tra privati attraverso la denuncia, che ha appunto lo scopo di mettere l'Autorità in grado di esercitare la prelazione, oltre che informarla sulle vicende circolatorie dei beni culturali.

L'obbligo di denuncia è previsto per ogni atto che trasferisce in tutto o in parte e a qualsiasi titolo sia la proprietà che la detenzione dei beni culturali appartenuti ai privati.[225]

In particolare l'obbligo sussiste per qualsiasi atto di trasferimento dei beni culturali sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, ivi compresi gli atti che trasferiscono la piena proprietà (vendita e donazione), i diritti reali limitati (enfiteusi, usufrutto, superficie, uso, abitazione, servitù, pegno) e la nuda proprietà, nonché sussiste per gli atti di trasferimento della detenzione dei beni (contratto di locazione, di comodato, di cessione in uso, di deposito, ecc.).[226]

Inoltre l'obbligo di denuncia trova applicazione anche per i conferimenti in società sottoposti a prelazione a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 156/2006.

La denuncia va effettuata al Ministero, che ne è il destinatario ai sensi dell'art. 60, comma 1, nel termine di trenta giorni, decorrenti dagli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione, e va presentata al competente soprintendente del luogo dove si trovano i beni.

Devono effettuare la denuncia: a) l'alienante la proprietà o il cedente la detenzione del bene (il termine decorre dal perfezionamento dell'atto); b) l'acquirente, nel caso di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o

---

provvedimento non avrebbe potuto essere diverso. La norma ha seguito l'orientamento che la giurisprudenza aveva precedentemente delineato: T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 466/2004; Cons. Stato, sez. IV, n. 5846/2003; Cons. Stato, sez. V, n. 3969/2003; Cons. Stato, sez. V, n. 1357/2003.

[224] AA.VV., Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, a cura di A. Angiuli-V. Caputi Janbrenghi, op. cit., pag. 184.

[225] L'oggetto della denuncia è più ampio rispetto a quello della prelazione che ricomprende solo gli atti a titolo oneroso e non quelli a titolo gratuito.

[226] P. Monteleone, op. cit.., pag. 828 e ss.

fallimentare ovvero in forza di sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso ex art. 2932 (il termine decorre dalla data del provvedimento giudiziario che ha stabilito il trasferimento); c) l'erede (il termine decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della denuncia ai competenti uffici tributari); d) il legatario (il termine decorre dalla comunicazione notarile ex art. 623 c.c.).[227]

La denuncia deve contenere alcune indicazioni in modo preciso e completo: 1) i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; 2) i dati identificativi dei beni; 3) l'indicazione del luogo dove si trovano i beni; 4) l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; 5) l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini di eventuali comunicazioni.

L'omessa denuncia o la denuncia priva delle indicazioni richieste o con indicazioni incomplete o imprecise (tutte ipotesi, ai sensi dell'art.59, comma 5, di denuncia come non avvenuta) costituisce reato ai sensi dell'art. 173 del Codice.

In presenza della denuncia di un atto a titolo oneroso, che sia stata effettuata nei termini di trenta giorni dalla conclusione dell'atto di trasferimento e che sia completa di tutte le indicazioni richieste, l'Amministrazione può esercitare la prelazione, entro il termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione di denuncia del contratto di alienazione da parte dell'organo a ciò competente[228] (soprintendente del luogo ove si trovano i beni).

Nel caso di omissione, ritardo o incompletezza della denuncia, il termine per esercitare la prelazione è di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi della stessa.

Solo in presenza di una denuncia completa le parti avranno la certezza del momento a partire dal quale decorrerà il termine di 60 giorni (se la denuncia è stata presentata nei trenta giorni dalla stipula dell'atto di trasferimento) o dei 180 giorni (se la denuncia è stata presentata tardivamente); mentre in caso di omessa denuncia o sua incompletezza rimane l'incertezza sul *dies a quo* per il computo dei 180 giorni.[229]

L'omissione della denuncia comporta anche che l'atto di alienazione non è opponibile all'Amministrazione (art. 164 del Codice)[230] e che spetta all'alienante, qualora

---

[227] L'art. 173 del Codice punisce con la reclusione fino ad un anno e la multa da euro 1549 a euro 77469 chiunque, sebbene tenuto, non adempie all'obbligo della denuncia ex art. 59.
[228] E ciò vale anche se la conoscenza è stata acquisita altrimenti: Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2001, n. 1429; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923;
[229] E' interesse soprattutto dell'acquirente che l'inizio del computo dal termine per l'esercizio della prelazione non rimanga vago, onde aver certezza che il suo acquisto è andato a buon fine.
[230] Supra al III, n. 1.

impugni la legittimità della prelazione, l'onere della prova circa l'individuazione del momento esatto in cui il Ministero ha avuto conoscenza degli elementi costitutivi della denuncia ai sensi dell'art. 59, comma 4.[231]

Tuttavia l'inosservanza delle prescrizioni in tema di denuncia non comporta la nullità dell'atto di alienazione tra le parti.

L'acquirente non perde la titolarità del bene acquisito con il contratto, ma non può farla valere nei confronti dell'Amministrazione[232], che comunque avrà un termine più lungo per esercitare la prelazione.

La competenza ad esercitare la prelazione è attribuita ai sensi dell'art. 60, comma 1, al Ministero, ma bisogna tenere conto della distribuzione delle competenze, tra organi centrali e organi periferici del Ministero, a seguito della riforma organizzativa e funzionale del Ministero dei Beni Culturali ed Ambientali, con D.P.R. 173/2004.

Di conseguenza le ulteriori fasi del procedimento (relative a valutazione dei presupposti, acquisizione dei fatti, esame dei documenti, perizie, pareri, conferenze di servizi, adempimenti necessari e adozione del provvedimento conclusivo) risultano affidate per quanto riguarda la fase istruttoria al direttore regionale competente, già soprintendente regionale, ai sensi dell'art. 20, comma 4, lettera o, del D.P.R. 173/2004, e per quanto riguarda la fase decisoria, con l'emissione del provvedimento prelazionario, al direttore generale del Ministero ai sensi dell'art. 7, lettera r, del D.P.R. 173/2004.[233]

La prelazione va esercitata dal competente organo del Ministero mediante l'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento di prelazione e mediante la sua notifica all'alienante e all'acquirente nel termine più ristretto di 60 giorni, in presenza di una denuncia completa ex art. 61, comma 1, o più lungo di 180 giorni, nel caso di denuncia omessa o tardiva o incompleta.

La notificazione, nei termini di legge, del decreto Ministeriale che manifesta la determinazione dello Stato di avvalersi della prelazione produce, dalla data dell'ultima notifica, l'effetto del passaggio del bene culturale della proprietà privata alla proprietà pubblica.

[231] P. Monteleone, op. cit., pag. 832.
[232] Massimo Plasmati, op. cit., pag 791; Cass., sez, Un., 15 maggio 1971, n. 1440, in Foro it., 1971, I.
[233] P. Monteleone, op. cit., pag. 833 e ss.

Il decreto ministeriale è un atto a carattere recettizio[234] con la conseguenza che, se la notifica è eseguita oltre i termini di legge, il procedimento non può avere alcuno effetto e viene meno il potere dello Stato di esercitare la prelazione.[235]

Il termine per l'esercizio della prelazione è perentorio[236], ma è da intendere prorogato, in caso di scadenza in un giorno festivo, al primo giorno seguente non festivo.[237]

Il Ministero inoltre deve provvedere all'impegno in bilancio della spesa corrispondente al prezzo per l'acquisto del bene (impegno contabile), nonché emettere successivamente il relativo mandato di pagamento.

A tale scopo il Ministero deve verificare la sussistenza dei fondi necessari per la copertura di tale spesa.[238]

Anche se l'Amministrazione non è tenuta al pagamento del prezzo con lo stesso atto di esercizio della prelazione o contestualmente alla sua adozione, l'impegno di spesa, benché atto autonomo e conseguente all'esercizio della prelazione, è indispensabile per assicurare l'adempimento dell'obbligo sorto a carico dello Stato come corrispettivo del bene acquistato.

Il controllo della Corte dei Conti in materia è alquanto rigoroso.

Sicché sono stati frequenti casi in cui la mancanza di assunzione dell'impegno di spesa o la sua illegittimità, per eccedenza della spesa rispetto alla somma stanziata in bilancio, ha comportato la decadenza dall'esercizio della prelazione.[239]

Mentre il visto della Corte dei Conti non è indispensabile per l'esecutività[240] e l'obbligatorietà[241] del provvedimento, essendo sufficiente a tale scopo l'emissione del provvedimento e la sua notifica ai destinatari, è invece soggetto a controllo l'impegno

---

[234] L'atto di esercizio della prelazione è recettizio e deve essere comunicato ad entrambe le parti: Cons. Stato, 1 ottobre 2003, n. 5705; T.A.R. Lazio, Roma, 23 agosto 2001, n. 7012.

[235] Cass., 15 aprile 2003, n. 3993 che ha ribadito il principio secondo cui l'atto di acquisto per prelazione da parte dello Stato, oltre i termini di legge, sarebbe emesso in assoluta carenza di potere e la controversia in materia è devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria.

[236] Cons. Stato, VI, 28 agosto 1995, n. 819; T.A.R. Campania, Salerno, I, 16 ottobre 2003, n. 1150.

[237] Cass., sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386.

[238] Il rifiuto di registrazione da parte della Corte dei Conti, per illegittimità dell' impegno di spesa, del decreto del Ministero di prelazione determina l'eliminazione del provvedimento e fa rivivere il diritto di proprietà illegittimamente compresso: Cass., sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386.

[239] G. Leone-A. L. Tarasco, op.cit., pag. 420.

[240] L'atto già perfetto può essere portato ad esecuzione quando è completo dei requisiti di esecutività (es. atti di controllo).

[241] L'atto già perfetto ed esecutivo diviene obbligatorio nei confronti dei destinatari quando è completo dei requisiti di obbligatorietà (es. notificazione).
All'atto obbligatorio può essere data esecuzione anche contro la volontà del destinatario.

contabile di spesa a seguito dell'esercizio della prelazione, onde la sua violazione incide sulla legittimità del provvedimento e ne determina la decadenza[242]

Il Ministero può rinunciare all'esercizio della prelazione trasferendone la facoltà all'Ente territoriale interessato entro venti giorni dalla ricezione della denuncia (art. 61, comma 3).[243]

In tal caso l'esercizio della prelazione è riconosciuto solo agli enti territoriali nel cui territorio si trova il bene culturale (art. 62, comma 1).

La perentorietà del termine, che si basa sull'affidamento delle parti contraenti circa l'esistenza di un termine temporale oltre il quale la stipulazione produce effetti definitivi, vale anche per gli Enti territoriali locali non essendo comprensibile la ragione per la quale l'Ente locale dovrebbe trarre vantaggio da un termine più ambio di quello riservato allo Stato.[244]

### 3. Il procedimento per gli Enti territoriali locali.

Il procedimento finalizzato all'acquisto in via di prelazione del bene culturale privato prevede al suo interno un sub procedimento diretto a trasferire in via subordinata agli Enti territoriali locali interessati (Regione o Provincia o Comune) l'esercizio della prelazione accordata in via principale allo Stato.

In particolare l'art. 62, comma 1, del Codice stabilisce che il soprintendente (soprintendente regionale del Ministero), che ha ricevuto la denuncia di un atto di alienazione soggetto a prelazione, deve darne immediatamente comunicazione alla Regione e agli altri Enti territoriali locali nel cui ambito si trova il bene culturale.

Entro il termine di venti giorni dalla denuncia (originariamente il termine era di trenta giorni secondo la formulazione adottata dal previgente D.Lgs. 42/2004)[245] la Regione, la Provincia e il Comune devono manifestare al Ministero la loro decisione di

[242] La Corte dei Conti (Sentenza n. 1452/1984) ha, fra l'altro, stabilito che l'assunzione dell'impegno contabile va assolto con riferimento all'apposito stanziamento di bilancio relativo all'esercizio nel corso del quale è sorta l'obbligazione al pagamento del prezzo in favore dei privati, onde in caso di omessa assunzione dell'impegno per insufficienza dei fondi di bilancio è illegittimo il ricorso ad esercizi successivi.
[243] Infra al IV, n. 3.
[244] Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2003, n. 5705.
[245] Il termine è stato ridotto con la modifica introdotta dal D.Lgs. 156/2006.

voler esercitare o meno la prelazione ed, in caso affermativo, devono formulare la proposta di prelazione completa degli adempimenti necessari per il suo effettivo esercizio.

A tal fine i tre Enti interessati devono far pervenire al Ministero[246] la proposta di prelazione corredata dalla deliberazione dell'organo competente con la quale si individua la copertura in bilancio o si prevedono le modalità di copertura della spesa corrispondente al prezzo di acquisto del bene[247], nonché si indicano le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, così come previsto dalla modifica al testo dell'art. 62 apportata dal D.Lgs. 156/2006.[248]

In particolare per il Comune, in base all'art. 42, comma 2, del D.Lgs. 267/2000 (sull'ordinamento degli Enti locali), la deliberazione di esercizio della prelazione deve essere assunta dal Consiglio Comunale e, ove assunta dalla Giunta Comunale, è viziata da incompetenza.[249]

Entro lo stesso termine di venti giorni dalla ricezione della denuncia (originariamente il termine era di quaranta giorni secondo la formulazione adottata dal previgente D.Lgs. 42/2004)[250] il Ministero, qualora non intenda esercitare la prelazione, ne deve dare comunicazione all'Ente che ha formulato la proposta di acquisto.

Deve ritenersi che, poiché l'Ente locale è tenuto a indicare nella proposta di prelazione le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, il Ministero dovrà tenere conto di tali motivazioni in ordine alle decisioni di trasferire o meno all'Ente interessato l'esercizio della prelazione.[251]

L'Ente territoriale locale, a cui il Ministero trasferisce il potere di prelazione, assume poi l'impegno di spesa, adotta il provvedimento di prelazione[252] e lo notifica

---

[246] Tuttavia bisogna tenere conto della distribuzione delle competenze tra organi periferici (organi istruttori) e organi centrali (organi decisionali) del Ministero ai sensi del D.P.R. 173/2004. Supra al IV, n. 2.

[247] La previsione della copertura di bilancio è stata introdotta dal Codice. L'illegittimità dell'impegno di spesa, ove sollevata dalla Corte dei Conti con il rifiuto di registrazione del decreto del Ministero, determina l'eliminazione del provvedimento di prelazione e fa rivivere il diritto di proprietà del privato illegittimamente compresso: Cass., sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386.

[248] Supra Premessa, nota 1.

[249] Cons. Stato, IV, 24 giugno 2002, n. 3430.

[250] Il D.Lgs. 156/2006 di modifica dell'art. 62 del D.Lgs. 42/2004 ha ridotto, da un lato, da trenta a venti giorni il termine concesso all'Ente locale per la proposta di prelazione, dall'altro lato, ha ridotto, da quaranta a venti giorni il termine entro cui il Ministero può rinunciare all'esercizio della prelazione, trasferendone la facoltà all'Ente interessato. La formulazione originaria dell'art. 62 del D.Lgs. 42/2004 comportava che, se l'Ente territoriale aveva trenta giorni della denuncia per la proposta di acquisto, il Ministero aveva i successivi dieci giorni per comunicare all'Ente interessato la sua determinazione. Il che aveva suscitato forti critiche in quanto il termine effettivamente a disposizione dell'Ente locale per esercitare la prelazione era solo di venti giorni, dopo il decorso dei quaranta concessi al Ministero per decidere.

[251] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 252.

[252] L'art. 62, comma 3, del Codice ha semplificato la procedura estendendo agli Enti locali l'esercizio diretto del potere di prelazione, rispetto al T.U. 490/1999 che stabiliva invece l'emanazione del provvedimento da parte del Ministero per l'acquisto del bene a favore dell'Ente locale.

all'alienante e all'acquirente nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data della presentazione della denuncia al soprintendente.

La proprietà del bene privato passa all'Ente locale dalla data dell'ultima notifica.

In considerazione del termine perentorio di sessanta giorni per effettuare la prelazione e della possibilità per l'Ente locale di procedere dopo i primi venti giorni concessi al Ministero per decidere se rinunciare o meno alla prelazione, in sostanza l'Ente locale ha a disposizione solo quaranta giorni per il procedimento di acquisto del bene culturale, diversamente dallo Stato che può avvantaggiarsi del periodo complessivo di sessanta giorni.

Nei casi in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta il termine di venti giorni per la proposta di prelazione da parte dell'Ente locale, quello di venti giorni per conoscere la rinuncia da parte del Ministero e quello complessivo di sessanta giorni per l'esercizio della prelazione sono prorogati rispettivamente a novanta, centoventi e centottanta giorni, come previsto dal comma 4 dell'art. 62, a seguito della modifica introdotta dal D.Lgs. 156/2006, nel testo adottato dal previgente D.Lgs. 42/2004.

Essi, secondo la ulteriore modifica introdotta dal D.Lgs. 62/2008, decorrono dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della denuncia stessa ai sensi dell'art. 59, comma 4.

La nuova disposizione del D.Lgs. 62/2008, intervenuta ad integrazione del D.Lgs. 156/2006 che non aveva indicato l'organo destinatario della denuncia tardiva e l'organo preposto ad acquisire gli elementi costitutivi della denuncia omessa o incompleta, ha individuato a tale scopo il Ministero intendendo (secondo la distribuzione delle competenze di cui al D.P.R. 173/2004) l'organo centrale e non quello periferico del Ministero perché altrimenti avrebbe fatto riferimento al competente soprintendente, come nelle ipotesi previste dall'art. 59, comma 3, e dall'art. 62, comma 1.

La decorrenza dei termini nei casi di denuncia omessa o tardiva o incompleta, a partire dal momento della conoscenza da parte del Ministero e non da parte del soprintendente, ha comunque una ricaduta pratica per quanto riguarda le scadenze stabilite (90, 120 e 180 giorni), ove si consideri che la conoscenza del Ministero non può non essere filtrata attraverso quella del soprintendente.

La disciplina in esame, concernente il procedimento per l'esercizio della prelazione da parte degli Enti territoriali locali, è oggetto di critiche da parte della

dottrina[253] sia in ordine ai tempi previsti per il suo svolgimento, rispetto ai quali sussiste una sproporzione con lo Stato, sia in ordine alla precedenza da accordare nel caso in cui la Regione, la Provincia e il Comune concorrono contemporaneamente per il trasferimento della prelazione da parte del Ministero.

A tale proposito è stata evidenzia anzitutto la mancanza di un criterio per dirimere il conflitto tra più Enti locali aspiranti all'esercizio della prelazione.

Infatti le norme in questione prevedono soltanto che il Ministero può rinunciare alla prelazione trasferendone la facoltà entro venti giorni all'Ente locale interessato, che negli stessi venti giorni doveva formulare una proposta di prelazione senza però conoscere gli altri eventuali aspiranti.

In tal caso può ritenersi applicabile il criterio stabilito dalla Costituzione nell'art. 118 che attribuisce una tendenziale preferenza per il Comune salvo che per ragioni di sussidiarietà le funzioni di valorizzazione culturale siano più efficacemente svolte dalla Provincia o dalla Regione.[254]

Come pure a tale scopo risultano rilevanti le indicazioni sulle specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, contenute nella proposta che l'Ente locale deve formulare al Ministero e di cui il Ministero non può non tenere conto nel momento in cui decide di trasferire l'esercizio della prelazione.[255]

Per la giurisprudenza spetta esclusivamente al Ministero la soluzione del conflitto tra Enti locali e l'individuazione del prelazionario.[256]

E' stata evidenziata altresì la mancanza di una previsione dell'obbligo di effettuare la denuncia direttamente agli Enti locali.

Questi infatti ne vengono a conoscenza tramite il sovrintendente.

Il che, data l'esiguità del termine di venti giorni per la proposta di prelazione da parte dell'Ente locale e l'inesistenza di correttivi per eventuali ritardi del soprintendente nella comunicazione della denuncia, può causare, in caso di ritardi burocratici, la

[253] AA.VV. Commentario al Codice dei beni culturali e del Paesaggio, a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, pag. 185 e ss.; P.Monteleone, op. cit., pag. 834 e ss.; M.A. Sandulli, op. cit., pag. 472 e ss.; T. Autieri, op. cit., pag. 251 e ss.;
[254] Diversamente: G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 424, secondo cui la priorità spetta invece alla Regione e in subordine all'Ente con la maggiore dimensione territoriale in quanto fornisce maggiori garanzie per la valorizzazione del bene.
[255] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 472.
[256] Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2003, n. 5705.

spiacevole eventualità che la collettività venga privata della fruizione di un bene culturale direttamente collegato alla sua specifica storia civile.[257]

E' stata evidenziata inoltre la brevità del termine concesso agli Enti locali per l'esercizio della prelazione rispetto a quello a disposizione del Ministero.

Infatti, mentre il Ministero può fruire di un termine di sessanta giorni per esercitare la prelazione, l'Ente territoriale locale invece nei primi venti giorni deve formulare la proposta di prelazione e aspettare di conoscere che il Ministero non abbia esso stesso ritenuto di esercitare la prelazione, poi fruirà di un termine di soli quaranta giorni per l'esercizio della prelazione.

Tale disparità di trattamento induce a riflettere sulla costituzionalità delle disposizioni dell'art. 62 del Codice sia sotto il profilo del rispetto delle autonomie locali (art. 5 della Costituzione) sia sotto il profilo dell'eguaglianza fra Stato e Enti territoriali locali.[258]

## V. Le conseguenze dell'esercizio della prelazione.

### 1. Gli effetti e il contratto di locazione precedentemente concluso.

Il provvedimento con il quale la Pubblica Amministrazione esercita la prelazione è un atto recettizio[259], onde produce i suoi effetti allorché è notificato, nei termini previsti dall'art. 61 del Codice, all'alienante e all'acquirente del contratto di alienazione su cui va ad incidere.

Gli effetti si producono dalla data dell'ultima notifica e determinano (salvo ulteriori effetti derivati):

1. il trasferimento coattivo della proprietà del bene a favore dello Stato;
2. la caducazione del negozio di alienazione posto in essere;

[257] AA.VV., op. cit., a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, pag. 186 e ss.; P. Monteleone, op. cit., pag. 834;.M. A. Sandulli, op. cit., pag. 473.
[258] AA.VV., op. cit., a cura di A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, pag. 186 e ss.; P. Monteleone, op. cit., pag. 835; M. A. Sandulli, op. cit., pag. 473.
[259] Sulla natura recettizia di tale provvedimento: Cons. Stato, VI, 13 ottobre 1993, n. 706; T.A.R. Lazio, sez. II, 23 agosto 2001, n. 7012. V. al n. 5, nota 68.

3. la nascita di un rapporto obbligatorio tra l'alienante e lo Stato, da cui discende l'obbligo del primo di consegnare il bene e l'obbligo del secondo di corrispondere il prezzo.

Anzitutto il bene, per effetto della prelazione, passa dalla proprietà privata alla proprietà pubblica e confluisce nel demanio dello Stato ai sensi dell'art. 822 c.c..

In particolare è assoggettato al particolare regime del demanio pubblico[260] (demanio culturale) previsto dall'art. 823 c.c., secondo il quale i beni facenti parte del demanio "non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi".

Il che significa che vengono a caducarsi i diritti dei terzi costituiti sul bene, che diventano incompatibili con la nuova condizione acquisita dal bene demaniale[261].

Cessa automaticamente il contratto di locazione concluso in precedenza dall'alienante con il terzo[262], che non può vantare nei confronti dell'Amministrazione (che non ha mai assunto la qualità di locatore) alcun diritto dipendente dalla sua qualità di conduttore[263].

Ne consegue che al terzo conduttore non spetta l'indennità di avviamento ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 69 della legge 27 luglio 1978, n. 392 da far valere nei confronti dell'Amministrazione[264].

Ma, se non può esercitare alcuna azione contro l'Amministrazione, l'ex locatario potrà comunque agire contro l'ex proprietario per ottenere il compenso per la perdita dell'avviamento[265].

Inoltre il protrarsi della detenzione dell'immobile, dopo l'esercizio della prelazione, da parte dell'ex conduttore obbliga quest'ultimo al risarcimento del danno determinato alla stregua di una indennità di occupazione eventualmente superiore al canone di locazione[266].

Coerentemente a quanto sopra, il godimento del bene demaniale da parte dei terzi non può più avvenire in base a contratti di diritto privato, ma soltanto mediante un atto avente natura di concessione, in mancanza del quale il privato non è legittimato all'occupazione[267].

---

[260] Cass., III, 21 giugno 1995, n. 7020.
[261] A. Mansi, op. cit., pag. 281.
[262] Cons. Stato, VI, 30 aprile 1997, n. 679.
[263] M. Cammelli, op. cit., pag. 290.
[264] Cass., 29 novembre 1989, n.5206.
[265] Cass., III, 21 giugno 1995, n. 7020.
[266] Cons. Stato, VI, 30 aprile 1997, n. 679.
[267] A. Mansi, op. cit., pag. 280.

Tuttavia non può essere esclusa la permanenza di alcuni diritti dei terzi derivanti dalla legge o dal provvedimento amministrativo o giurisdizionale con il quale è imposto il vincolo, così ad es. : il diritto di abitazione spettante al coniuge superstite ex art. 540, comma 2 c.c.; la servitù coattiva ex art. 1032 c.c.; l'ipoteca giudiziale[268].

Non risulta incompatibile l'usufrutto[269] già costituito in favore di terzi.

Inoltre il passaggio dei beni, per effetto della prelazione, in proprietà dello Stato determina l'impossibilità definitiva per il negozio di alienazione di produrre effetti.

Infatti il comma 4 dell'art. 61 del Codice prevede che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione ("rimane sospensivamente condizionato").

Sicché l'atto di alienazione, validamente costituito, si configura come un "contratto condizionale", dove la pendenza del termine costituisce la condizione estrinseca futura ed incerta di efficacia del contratto del *genus* delle *conditiones iuris.*

Dall'avveramento o meno della condizione dipende poi la produzione degli effetti o l'impossibilità definitiva che essi possano essere prodotti (art. 1353 c.c.).

Tuttavia, in pendenza della condizione, possono essere compiuti atti conservativi in base all'art. 1356 c.c. (l'acquirente può chiedere il sequestro del bene) o dispositivi in base all'art. 1357 c.c. (l'acquirente può disporre del diritto purché subordinato alla stessa condizione sospensiva).

Nel caso in cui la condizione si verifichi (cioè sia stata esercitata la prelazione) gli effetti retroagiscono al tempo della conclusione del contratto, *ex tunc,* secondo quanto previsto dall'art. 1360 c.c.

Pertanto il negozio di alienazione, condizionato sospensivamente (art. 61, comma 4) rende incerti gli effetti, in pendenza della condizione (salvo gli atti conservativi e dispositivi), e non li potrà definitivamente produrre o cesserà definitivamente di produrli a seguito dell'esercizio della prelazione, con la conseguenza che l'alienazione si deve considerare come non avvenuta, con effetti liberatori sia per l'alienante che per l'acquirente.

Anche le clausole facenti capo al contratto assoggettato a prelazione vengono meno e non vincolano lo Stato ai sensi dell'art. 61, comma 5.

La giurisprudenza interpreta in maniera estensiva il comma 5 dell'art. 61 ritenendolo applicabile non solo alle clausole accessorie con cui si precisano le

[268] Cons. Stato, VI, 19 giugno 2001, n. 3241.
[269] T. Alibrandi – P. G. Ferri, op. cit., pag. 511; A. Mansi, op. cit., pag. 281.

obbligazioni assunte dalle parti o con cui si stabiliscono condizioni di efficacia o modalità di adempimento, ma anche "a tutte le clausole che in qualsiasi modo possono compromettere il vincolo pubblico, comprese quelle che, attraverso una limitazione dell'oggetto del contratto, si risolvono in un impedimento o in un condizionamento dell'esercizio della prelazione"[270], che non può non investire la cosa nella sua unitarietà e interezza .

In conseguenza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, anche la clausola che riserva all'alienante la comproprietà di una parte dell'immobile unico ed indivisibile non è vincolante per lo Stato.[271]

Ma la disposizione in esame dell'art. 61, comma 5, facendo riferimento alle clausole contrattuali, non può riguardare anche il rapporto sostanziale[272], come asserito dalla giurisprudenza.

La previsione riguarda invece le clausole relative all'esecuzione del contratto (ad es., clausola compromissoria, clausola di risoluzione o di consegna differita, ecc.), che comunque si pongono in contrasto, ove apposte, con l'acquisto delle proprietà da parte della Pubblica Amministrazione libera da pesi e limitazioni.

Pertanto appare valida la clausola contenuta nella vendita di un immobile con cui l'alienante riserva a proprio favore l'usufrutto, perché in tal caso la prelazione può essere applicata alla nuda proprietà e l'usufrutto non si pone in contrasto con la natura demaniale che il bene acquista a seguito della prelazione.[273]

Nel caso in cui la prelazione si applica ad una parte delle cose oggetto del negozio di alienazione, poiché in tal caso l'acquirente può recedere dal contratto, possono venir meno anche le obbligazioni legate alla parte del contratto estranea alla sorte di beni rientranti nella prelazione[274].

L'esercizio della prelazione dà luogo anche ad un rapporto obbligatorio tra l'alienante e la Pubblica Amministrazione.

Il contenuto di tale rapporto consiste nell'obbligo dell'alienante di consegnare il bene, ma essenzialmente nell'obbligo dell'Amministrazione di pagare il prezzo del bene, determinato ai sensi dell'art. 60 del Codice[275].

---

[270] Cass. 17 gennaio 1985, n. 117, in F. I., 1985, I, 1070.
[271] Supra al II, n. 3.
[272] A. Mansi, op. cit., pag. 264.
[273] Cons. Stato, VI, 24.5.1995, n. 348, essendo la nuda proprietà un diritto reale economicamente apprezzabile ed idoneo ad assicurare alla Pubblica Amministrazione poteri di gestione del bene. Supra al n. 6.
[274] R. Tamiozzo, op. cit., pag. 332; M. A. Sandulli, op. cit., pag. 465.
[275] F. Toschi Vespasiani, op.cit., pag. 323; G. Piva, Cose d'arte, in Encl. Dir., XI, Milano, 1962, pag. 108.

Dottrina [276] e giurisprudenza[277] escludono che il pagamento del prezzo possa essere configurato come elemento costitutivo della fattispecie di prelazione, ma piuttosto come oggetto di un rapporto obbligatorio tra Amministrazione e alienante che sorge per effetto del provvedimento di prelazione.

**2. Il rapporto obbligatorio tra l'alienante e lo Stato: la determinazione del prezzo.**

Il privato non può evitare l'acquisto in via di prelazione del bene culturale da parte dello Stato, ma deve essere ristorato con il prezzo stabilito dal negozio di alienazione, lo stesso che avrebbe percepito trasferendo il bene a terzi.

Infatti, la corresponsione all'alienante del valore del bene stabilito nel contratto costituisce l'adempimento dell'obbligazione a carico dello Stato, sorta per effetto dell'esercizio della prelazione.

Il che chiarisce ancora di più[278] che l'istituto non può essere configurato come una espropriazione,[279] dal momento che la prelazione mira a fare acquisire il bene al patrimonio pubblico senza arrecare alcuno svantaggio economico al proprietario che ha deciso di alienare il bene.[280]

Né risulta possibile che l'Amministrazione possa adeguare il valore risultante dall'atto di trasferimento al valore venale, quale reputato di mercato.[281]

Addirittura si potrebbe verificare uno svantaggio economico per l'Amministrazione ove il prezzo dovesse essere inferiore a quello stabilito nel contratto.[282]

---

[276] M.R. Cozzuto Quadri, op. cit., pag. 128 e ss.
[277] Cass. 29 novembre 1989, n. 5206, secondo cui "il pagamento del prezzo non è elemento costitutivo della fattispecie di prelazione delle cose di interesse artistico e storico, ne condizione di efficacia del relativo provvedimento amministrativo, ma oggetto di un rapporto giuridico obbligatorio tra organo amministrativo ed alienante, che sorge per effetto del decreto di prelazione".
[278] In aggiunta a quanto già precisato supra al II, n. 2.
[279] La distinzione tra prelazione ed espropriazione è rimarcata dalla Cassazione nella decisione 29 novembre 1989, n. 5206, dove con riferimento al prezzo della prelazione si precisa che "le disposizioni in tema di espropriazione...che subordinano al pagamento del prezzo l'emanazione dell'atto ablatorio, non trovano applicazione nel sistema normativo della prelazione artistica".
[280] Cons. Stato, II, 4 giugno 1997, n. 1248, in Cons. Stato, 1999, I, 136.
[281] Cons. Stato, VI, 7 ottobre 1987, n. 802.
[282] R. Tamiozzo, La legislazione dei Beni culturali e paesaggistici, 2004, pag. 339.

Il che potrebbe indurre i contraenti (anche con separati accordi) ad indicare un prezzo più elevato per sfruttare in caso di esercizio della prelazione, la differenza economica.

Tuttavia può succedere che la determinazione del prezzo manchi.

Quando il prezzo del bene non è indicato nell'atto di trasferimento o nell'ipotesi in cui il bene sia alienato assieme ad altri per un unico corrispettivo ovvero sia dato in permuta o come dazione in pagamento,sorge il problema di determinare il valore da attribuire al bene come corrispettivo della prelazione.

L'art. 60, comma 2, del Codice stabilisce che in tali casi il valore economico del bene è determinato d'ufficio dallo stesso Ente che esercita la prelazione (Stato o Ente territoriale).

Pertanto, in questi casi, il provvedimento con cui si esercita la prelazione, dovrà contenere la determinazione del prezzo con la precisazione dei criteri valutativi autonomamente seguiti dall'Amministrazione.[283]

L'alienante però può non accettare la determinazione effettuata dall'Amministrazione e può chiedere che il valore economico del bene venga stabilito da un terzo, nominato concordemente dall'alienante stesso e dall'Ente che procede alla prelazione.

Qualora fra essi non vi sia accordo per la nomina del terzo ovvero per la sua sostituzione (nel caso in cui il terzo nominato non voglia o non possa accettare), la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal Presidente del Tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto.

La diversità del criterio di determinazione della competenza per ricevere la denuncia di trasferimento (soprintendente del luogo dove si trovano i beni, ex art. 59 del Codice) e per la nomina del terzo "stimatore" (Tribunale del luogo dove è stato concluso il contratto) può provocare un aumento dei costi nel caso in cui non vi sia coincidenza delle due competenze e il soggetto nominato è costretto a spostarsi dal luogo del Tribunale al luogo dove si trova il bene.[284]

In proposito va considerato che le spese relative alla determinazione del prezzo e al procedimento di nomina del terzo sono a carico dell'alienante.

Nei suddetti casi ricorre un'ipotesi di applicazione degli artt. 1349 c.c. (determinazione del prezzo nel contratto in generale) e 1473 c.c. (determinazione del

[283] Cons. Stato, VI, 10 giugno 1987, n. 400; M. A. Sandulli, op. cit., pag. 466;
[284] T. Autieri, op. cit., pag. 260.

prezzo nel contratto di vendita), con i quali si prevede la possibilità per le parti contrattuali di affidare la determinazione del prezzo ad un terzo (arbitratore).[285]

L'articolo 1349 c.c. stabilisce che il terzo può agire o secondo il suo mero arbitrio (in tal caso la determinazione del terzo può essere impugnata solo provando la sua mala fede e, se manca la sua determinazione o le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo) ovvero secondo il suo apprezzamento (in tal caso, se manca la determinazione del terzo o la sua determinazione è manifestamente iniqua o erronea, il giudice provvede a determinare il prezzo).

L'art. 1473 c.c. stabilisce in particolare che, se le parti non si accordano per la nomina del terzo o per la sua sostituzione ovvero il terzo non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal Presidente del Tribunale del luogo dove si è concluso il contratto e le spese sono anticipate dall'alienante.

L'art. 1439 c.c. precisa poi che, nel caso in cui espressamente le parti non vollero rimettersi al mero arbitrio del terzo, questi deve procedere con equo apprezzamento.

Anche la norma di cui all'art. 60, comma 4 del Codice, in tema di prelazione, fa riferimento all'equo apprezzamento, giacché espressamente prevede che "la determinazione del terzo è impugnabile in caso di errore o di manifesta iniquità".

Nel caso di specie, quindi, la determinazione appare impugnabile allorché sia così sproporzionata rispetto al corretto valore del bene da distaccarsi visibilmente dalla linea di equità e allorché la ricostruzione del valore del bene, nei suoi presupposti storici e ambientali, sia divergente dalla realtà ed abbia indotto in errore lo stesso terzo "stimatore" nell'applicazione del suo criterio valutativo, falsando la determinazione del valore del bene culturale nel merito.[286]

Può inoltre capitare che un bene culturale, oggetto per intero di cessione, venga assoggettato a prelazione su di una sola parte ovvero che la prelazione si eserciti su parte delle cose alienate.

E' evidente che anche in tale caso la determinazione del prezzo per la parte soggetta a prelazione è effettuata di ufficio.

---

[285] M. Cammelli, op. cit., pag. 292; Con dubbia compatibilità con il carattere imperativo dell'acquisto in mano pubblica e con il fatto che l'acquisto può avvenire per fatti diversi del contratto di compravendita: M. A. Sandulli, op. cit., pag. 467.
[286] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 467.

Ma, mentre l'alienante ha legittimazione ad impugnare il provvedimento amministrativo di prelazione, l'acquirente non ha alcuna legittimazione in proposito.[287]

Ciò in quanto l'acquirente è già tutelato con l'azione di recesso ai sensi dell'art. 61, comma 6, del Codice (supra al II, n. 4.5).[288]

All' acquirente non rimane altra scelta se non quella di recedere dal contratto, allorché, a suo giudizio, la mancata integrale acquisizione del bene non lo soddisfi (art. 61, comma 6, del Codice).[289]

La determinazione del prezzo, da corrispondere a fronte della prelazione, va intesa in senso civilistico del termine e si identifica con il corrispettivo in denaro maggiorato delle spese documentate e occorse per la stipulazione dell'atto di alienazione.[290]

Infatti i diritti di mediazione (di asta) vanno considerati componenti necessari del prezzo in quanto senza l'intermediazione dell'asta verosimilmente l'alienazione non avrebbe avuto luogo e neanche l'esercizio della prelazione.

Il Codice non prevede espressamente le spese accessorie maggiorative del prezzo, né le esclude in quanto il compenso in questione non può ritenersi compreso tra le clausole che ai sensi dell'art. 61, comma 5, del Codice "non vincolano lo Stato".

Tuttavia, tenuto conto che la prelazione è esercitata su un atto di alienazione già perfetto e che per raggiungere questo scopo le parti hanno dovuto sostenere le relative spese, appare equo imporre all'Ente prelazionario il pagamento di tutti gli oneri legati alla stipulazione del contratto.[291]

### 2.1. Il Pagamento del prezzo.

Il pagamento del prezzo da parte dell'Amministrazione non è un elemento costitutivo del provvedimento di prelazione, nè una condizione di efficacia di tale

---

[287] T.A.R. Toscana, I, 18 maggio 1999, n. 318.

[288] All'acquirente è riconosciuta "la sola facoltà di recedere dal contratto, ove, a suo giudizio, la mancata acquisizione del bene oggetto della prelazione ne faccia venire meno l'interesse; pertanto l'acquirente non ha alcuna legittimazione ad impugnare il provvedimento Ministeriale".

[289] Supra al II, n. 4.5.

[290] Cons. Stato, VI, 19 giugno 2001, n. 3241, Cons. Stato, 2001, I, 1359, secondo cui fanno parte del prezzo anche i corrispettivi per le prestazioni accessorie all'atto di vendita: provvigioni per l'attività di mediazione e diritto di asta.

[291] A. Mansi, op. cit., pag. 279 e ss.; M. A. Sandulli, op. cit., pag. 468.

provvedimento, essendo la prelazione una forma di acquisto della proprietà che si attua non attraverso un rapporto negoziale, ma per effetto di una manifestazione di un potere pubblicistico.[292]

Il pagamento del prezzo è invece l'oggetto del rapporto obbligatorio che sorge tra il soggetto pubblico e l'alienante per effetto dell'esercizio della prelazione.

Esso si pone come fatto successivo e comunque autonomo rispetto all'esercizio della prelazione.

La mancanza contestuale del prezzo e il ritardo nella sua effettuazione non pregiudicano quindi l'esercizio della prelazione, ma generano solo responsabilità risarcitorie a carico dell'Amministrazione.[293]

Salvo tali responsabilità, non risulta neanche indispensabile che il provvedimento di prelazione indichi il termine di pagamento.[294]

D'altra parte "le disposizioni in tema di espropriazione...che subordinano al pagamento del prezzo l'emanazione dell'atto ablatorio, non trovano applicazione nel sistema normativo della prelazione artistica".[295]

In particolare l'art. 61, comma 3, del Codice espressamente stabilisce che "la proprietà passa allo Stato dalla data dell'ultima notifica" del provvedimento con cui è esercitata la prelazione, senza porre alcuna connessione tra pagamento del prezzo e passaggio del bene in mano pubblica.[296]

Tuttavia il Ministero, assumendo con l'emanazione del provvedimento di prelazione l'obbligazione di pagare il prezzo, deve necessariamente assumere il relativo impegno contabile.[297]

Infatti l'erogazione della spesa, corrispondente al prezzo da pagare, può essere effettuata solo a seguito di impegno assunto in bilancio.[298]

L'erogazione della spesa avviene mediante l'emissione del mandato di pagamento.

---

[292] Giurisprudenza costante: Cass. 720/82; cass. 5206/89; Cass. 7142/96; T. Alibrandi – P. G. Ferri, op. cit., pag. 526; G. Leone – A. L. Tarasco, op.cit., pag. 404.
[293] Cass. 5 agosto 1996, n. 7142, in Mass. Foro it., 1996; T.A.R. Campania, Salerno, I, 16 ottobre 2003, n. 1150; M. Cammelli, op. cit., pag. 291; M. A. Sandulli, op. cit., pag. 468.
[294] T.A.R. Lombardia, Milano, I, 30 aprile 2004, n. 1574.
[295] Cass, 29 novembre 1989, n. 5206, G.I., 1990, I, 1, 1125.
[296] M. A. Sandulli, op. cit., pag. 468.
[297] A. Mansi, op. cit., pag. 274 e ss.
[298] Sull'impegno contabile di spesa, supra al IV, n. 2.

Il che comporta la necessita di verificare se le casse del Ministero prevedono fondi sufficienti per tale acquisto, tanto più che non è possibile conoscere in anticipo quanti beni culturali e di quale pregio verranno messi in circolazione e a quali prezzi.[299]

Ma ciò non significa che l'impegno contabile debba necessariamente essere assunto prima o contestualmente all'emanazione del provvedimento di prelazione e comunque entro il termine dei 60 giorni previsti per l'esercizio della prelazione, come e specificatamente disposto per gli Enti territoriali.

Il fatto, che l'art. 62, comma 3, del Codice stabilisca l'obbligo dell'impegno di spesa per l'esercizio della prelazione da parte degli Enti territoriali, sta proprio a significare che non vi è un tale obbligo da parte dello Stato.[300]

La priorità di salvaguardare il bene culturale fa sì che il Ministero possa assumere l'impegno contabile anche succesivamente all'emissione del provvedimento di prelazione, salva la responsabilità risarcitoria per i danni arrecati all'alienante.

## VI. I beni culturali mobili.

### 1. La prelazione sui beni culturali mobili.

L'obbligo di denuncia dell'atto di trasferimento ex art. 59 del Codice sorge a carico dell'alienante anche in caso di cessione di bene culturale mobile.

La rigidità formale di tale adempimento[301] (da cui può derivare la nullità prevista dal'art. 164 del Codice) impone poi che anche la denuncia dei beni mobili deve contenere tutti i requisiti prescritti dalla suddetta norma.

Il che comporta che per la cessione dei beni mobili culturali le parti contraenti sono sottoposti ad oneri aggiuntivi rispetto agli altri passaggi di beni mobili che non prevedono alcuna forma scritta e godono di libertà di forma ex art. 1350 c.c.

---

[299] Il problema aveva dato luogo a rilievi da parte della Corte dei Conti nei confronti del Ministero. A. Mansi, op. cit., pag. 274.
[300] A. Mansi, op. cit., pag. 277 e ss.
[301] A. Mansi, op. cit., pag. 251.

Anche nel caso dei beni culturali mobili i presupposti per l'esercizio della prelazione sono: l'esistenza di un atto di trasferimento[302] e l'esistenza del vincolo debitamente notificato.[303]

Il termine per l'esercizio della prelazione è pure di 60 giorni ed in pendenza di tale termine all'alienante è vietato effettuare la tradizione della cosa.

Se la consegna è effettuata in violazione del divieto di cui all'art. 61, comma 4, del Codice, colui al quale sono alienati i beni mobili non ne acquista la proprietà in virtù del possesso così come prevede l'art. 1153 c.c.

Infatti in violazione del divieto il possesso non potrà mai essere considerato di buona fede e ciò impedisce l'applicabilità della regola generale sul trasferimento della proprietà dei beni mobili stabilita dall'art. 1153 c.c., secondo cui il possesso in buona fede in aggiunta al titolo idoneo fa acquistare la proprietà.

Una regola particolare e una novità rispetto alla disciplina previdente è quella contenuta nel'art. 62, comma 1, del Codice che prevede l'obbligo per la Regione, nell'ipotesi di vendita di un bene culturale mobile, di darne notizia "sul proprio Bollettino Ufficiale ed eventualmente mediante altri mezzi di pubblicità a livello nazionale, con la descrizione dell'opera e l'indicazione del prezzo".

Tale disposizione appare anzitutto in contrasto con le norme sulla riservatezza previste dal Codice della privacy, adottato con il D.Lgs. 196/2003.

Infatti il proprietario privato di beni mobili che intende alienare è costretto a fare conoscere a tutti tale sua intenzione e addirittura i termini del contratto e il prezzo pattuito.[304]

Inoltre non si capisce che senso ha dare a tutti tale notizia se la prelazione può essere esercitata solo dagli Enti territoriali.

Infine la pubblicità in parola appesantisce la procedura di prelazione con il pericolo che il termine breve di 60 giorni, per il suo esercizio, possa non permettere di notificare all'alienante e all'acquirente, nel termine prescritto, il relativo provvedimento.

Il procedimento per la prelazione sui beni mobili segue l'*iter* procedurale già esaminato al precedente IV, nn. 1, 2 e 3.

---

[302] Supra al II, n. 3.
[303] Supra al II, n. 3.1.
[304] A. Mansi, op. cit., pag. 282.

Gli effetti conseguenti all'esercizio della prelazione sono quelli già illustrati al V, nn. 1, 2 e 2.1, ivi compreso l'obbligo del pagamento del prezzo a carico della Pubblica Amministrazione.

## VII. Questioni processuali.

### 1. Il riparto di Giurisdizione, il *litisconsorzio* necessario e la legittimazione all'impugnativa.

In materia di prelazione il riporto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è operato secondo il principio generale che assegna la giurisdizione al giudice ordinario quando la controversia riguarda l'esercizio della prelazione in assoluta carenza di potere da parte dell'Amministrazione e al giudice amministrativo quando la controversia riguarda le modalità di esercizio della prelazione.

Tale criterio, valido in astratto, non ha evitato tuttavia la formazione di un contrasto esistente tra giudice ordinario e giudice amministrativo allorché la controversia riguardi la notificazione del provvedimento di prelazione oltre il termine stabilito dalla legge.

In particolare la Corte di Cassazione, con orientamento consolidato, afferma la giurisdizione del giudice ordinario quando la prelazione non è esercitata nel termine di legge, in quanto in tal caso viene meno il potere dell'Amministrazione di comprimere il diritto reale del privato e questo può essere tutelato soltanto con il ricorso al giudice ordinario.[305]

Alla carenza di potere per il caso di esercizio della prelazione dopo la scadenza del termine stabilito è assimilata la carenza di potere per il rifiuto della registrazione del provvedimento di prelazione da parte della Corte dei Conti ex art. 25 del R.D.L. 12 luglio 1934, n. 1214, per eccedenza della spesa rispetto alla somma stanziata in bilancio.[306]

---

[305] Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 5993; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386; Cass., Sez. Un., 1 luglio 1992, n. 8079; Cass., Sez. Un., 15 maggio 1971, n. 1440.

[306] Cass., Sez. Un., 6 maggio 1994, n. 4386; Tale equiparazione non è condivisa dal Consiglio di Stato (sentenza n. 58/1991), secondo cui i presupposti contabili sono estranei alla fattispecie ablativa, di guisa che la loro eventuale carenza non afferisce all'esistenza del potere ablativo, bensì solo al suo legittimo esercizio, ovvero ad eventuale responsabilità di tipo risarcitorio a carico dell'Amministrazione procedente.

Peraltro la Corte di Cassazione ha anche affermato, in una decisione, che la notificazione del provvedimento con cui la prelazione è esercitata attiene alle modalità di esercizio del potere di prelazione, per cui rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la contestazione sulla regolarità della notificazione.[307]

Invece il Consiglio di Stato è dell'avviso che la carenza di potere è determinata solo dalla inesistenza dell'atto di notificazione onde la sua tardività costituisce solo un cattivo uso del potere stesso.

In particolare il Consiglio di Stato perviene all'affermazione che ai fini della legittimità dell'esercizio della prelazione è sufficiente l'esistenza di un atto di notifica, anche se invalido, potendo il difetto di potere - e quindi di giurisdizione – ricollegarsi alla sola inesistenza (e non validità) della notifica medesima.

Pertanto ove si lamenti la tardività dell'esercizio della prelazione, si contesta non già la carenza di potere in capo all'Amministrazione, bensì l'illegittimità sotto il profilo temporale dell'esercizio del potere medesimo, sicché la situazione soggettiva azionata è di interesse legittimo, con conseguente devoluzione alla giurisdizione amministrativa della relativa controversia.[308]

Sempre secondo il Consiglio di Stato questa soluzione, che riconosce la giurisdizione del giudice ordinario in caso di inesistenza della notifica, evita il risultato negativo della devoluzione a due giudici diversi della cognizione del medesimo atto in relazione ai vizi prospettati dall'attore.[309]

Tale prospettiva appare anche condivisa dall'orientamento minatorio della Corte di Cassazione.[310]

Tuttavia occorre rilevare che l'invalidità della notifica, quando non è effettuata nelle forme prescritte, essendo inidonea a produrre gli effetti suoi propri, non può degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo e determina la carenza di potere ablativo.

In conseguenza anche l'invalidità della notifica, come la notifica non eseguita, determina la devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie.[311]

Con riferimento agli aspetti strettamente processuali, occorre chiarire che, poiché tanto l'alienante quanto l'acquirente sono destinatari degli effetti del provvedimento di

---

[307] Cass., Sez. Un., 11 marzo 1996, n. 1950.
[308] Cons. Stato, VI, 13 ottobre 1993, n. 706; Cons. Stato, VI, 16 settembre 1993, n. 627; Cons. Stato, VI, 30 gennaio 1991, n. 58; Cons. Stato, VI, 8 aprile 2002, n. 1899.
[309] Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2003, n. 5705.
[310] Cass., Sez. Un. 11 marzo 1996, n. 1950.
[311] M.R. Cozzuto Quadri, op. cit., pag. 167; C. Fabbricante – A. Scarpa, op. cit., pag. 200.

prelazione, la pronuncia del giudice ordinario, nel caso in cui sorga controversia intorno alla validità ed inefficacia dell'esercizio della prelazione, deve necessariamente essere emessa nei confronti di entrambe le parti, sicché esse sono *litis consorti* necessari.[312]

La non integrità del contraddittorio può essere rilevata di ufficio in ogni stato o grado di giudizio.

Nel processo amministrativo invece, non applicandosi l'istituto del *litis consorzio* necessario,[313] entrambe le parti sono obbligate a proporre ricorso contro il provvedimento dell'Amministrazione.[314]

Inizialmente all'alienante non era riconosciuto l'interesse a ricorrere.[315]

Successivamente, per la sua qualità di parte del rapporto negoziale sul quale ha operato la prelazione ed in quanto titolare di un interesse differenziato all'osservanza delle norme che disciplinano l'esercizio del potere dell'Amministrazione, all'alienante è stata riconosciuta la legittimazione all'impugnativa. [316]

In ordine alle questioni relative alla quantificazione del prezzo da corrispondere al privato, poiché la controversia attiene ad un rapporto obbligatorio conseguente all'esercizio della prelazione, è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario.[317]

---

[312] Sul *litis consorzio* necessario: Cass. 23 aprile 1985, n. 2646; Cass. 15.5.1971, n. 1440. In dottrina: C. Fabbricante – A. Scarpa, op. cit., pag. 200; G. Leone – A. L. Tarasco, op. cit., pag. 411.
[313] Cass. 15 maggio 1971, n. 1440; Cass. 23 aprile 1985, n. 2646, secondo cui, "qualora sorga controversia intorno alla validità ed efficacia dell'esercizio della prelazione, la pronuncia deve ritenersi *inutiliter data* se emessa nei confronti di una soltanto delle parti del contratto".
[314] T.A.R. Lazio, Roma, 25 giugno 2004, n. 6247.
[315] T.A.R. Campania, sez. I, 18 ottobre 1984, n. 505, in Trib. Amm. Reg. 1984, I, 3849.
[316] T.A.R. Campania, sez. III, 2 giugno 1994, n. 165, in Trib. Amm. Reg. 1994, I, 3283.
[317] T.A.R. Lombardia, Milano, I, ord. 14 giugno 2005, n. 1497; 30 aprile 2004, n. 1574.

# Il principio di precauzione nella conservazione delle risorse alieutiche alla luce della giurisprudenza comunitaria

di Sara Pugliese

1. Introduzione; 2. Il concetto di precauzione nel diritto internazionale; 3. Il principio di precauzione nel diritto comunitario: 3.1 Il principio di precauzione dalle prime pronunce giurisprudenziali alla Comunicazione del 2000; 3.2 La Comunicazione del 2000 e la giurisprudenza successiva; 4. Conclusioni

## 1. Introduzione

Con la sentenza del 4 dicembre 2008, in causa C-249/07[1], la Corte di giustizia è tornata ad occuparsi del principio di precauzione nella conservazione delle risorse alieutiche, sul quale si era già pronunciata a partire dagli anni '90.

La sentenza, ribadendo alcuni elementi costanti della giurisprudenza precedente, offre lo spunto per riflettere nuovamente sul tema delle interconnessioni tra gli obiettivi del mercato comune, in particolare libera circolazione delle merci, conservazione della biodiversità e delle specie alieutiche ed i principi fondanti della politica comunitaria di tutela dell'ambiente.

La pronuncia è stata emessa nell'ambito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione il 23 maggio 2007 contro l'Olanda, intesa ad accertare se, attraverso l'introduzione di un sistema di autorizzazione preventiva per impiantare, all'interno delle acque costiere olandesi, ostriche e cozze provenienti da altri Stati membri e appartenenti a specie indigene dei Paesi Bassi, essa avesse violato il divieto di restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente previsto all'art. 28 TCE, nonché l'art. 30 in tema di deroghe a tale divieto[2]. La Commissione sosteneva che il regime di autorizzazione previsto dalla

---

[1] Corte giust. del 4 dicembre 2008, *Commissione c. Paesi Bassi*.

[2] L'art. 9 della legge olandese del 1963 sulla pesca (Viserijwet 1963, Stb. 1963, n° 312) prevede che le amministrazioni competenti possono stabilire norme per la preservazione o l'estensione delle riserve di pesca o ancora restrizioni della capacità di cattura, che tengano conto anche del rispetto dell'ambiente. Il regolamento del 1977, attuativo della legge, abilita il ministro competente ad adottare norme, in materia di garanzia della preservazione o dell'estensione delle riserve di pesca, che possono prevedere il divieto di impianto di molluschi. A sua volta l'ordinanza applicativa del regolamento, relativa alla pesca nella zona di pesca, nella regione marittima e nelle acque costiere, sancendo il divieto di impianto dei molluschi in tali zone, prevede deroghe. Il divieto in parola, infatti, non si applica: 1) all'impianto dei mitili provenienti dalla parte olandese del mare di Wadden e ai mitili e alle ostriche provenienti dalla Schelda orientale; 2) ai titolari di un'autorizzazione concessa dal ministro competente; 3) ai detentori di alcune deroghe e esenzioni concesse dal Ministro, tenendo conto dell'interesse di protezione dell'ambiente. In applicazione dell'ordinanza è stato emanato il regolamento di esenzione in materia di pesca ai mitili e alle ostriche, secondo il quale ai detentori di alcuni permessi di pesca è

normativa olandese introduceva un'inaccettabile discriminazione nei confronti di specie indigene dei Paesi Bassi provenienti da altri Stati membri, mentre l'impianto delle stesse specie provenienti dai Paesi Bassi era sottoposto ad autorizzazione solo in certi casi ed era del tutto esente per le specie provenienti dalla parte olandese del mare di Wadden o dalla Schelda orientale. Ad avviso della Commissione, il sistema di autorizzazione avvantaggiava una parte importate della produzione nazionale di molluschi, determinando difficoltà per gli importatori che erano dissuasi dall'introdurre o commercializzare gli stessi molluschi ai fini dell'impianto nelle acque olandesi. Tale regime doveva dunque essere considerato come misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative vietate dal trattato.

I Paesi Bassi avevano giustificato, invece, tale regime di autorizzazione basandosi, tra l'altro, sul principio di precauzione, avvalorato anche da un parere di esperti del 2004 nel quale era stata evidenziata la rischiosità dell'impianto nel mare olandese di molluschi provenienti da altri mari.

La Corte ha escluso che l'Olanda potesse invocare il principio di precauzione per impedire l'impianto di molluschi provenienti da acque di altri Stati membri e non anche di quelli provenienti dal mare di Wadden, in prevalenza olandese. Ciò infatti costituiva una discriminazione.

In più la Corte ha rilevato che l'invocato parere di esperti del 2004 non era conforme ai criteri elaborati dalla propria giurisprudenza al riguardo. Secondo questa giurisprudenza, infatti, nel caso in cui non può essere affermata con certezza l'esistenza o la portata di un rischio, il principio di precauzione può essere invocato solo a seguito di una valutazione approfondita fondata sui dati scientifici più affidabili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale.

La sentenza risulta interessante perché essa rappresenta l'ultimo tassello di un percorso giurisprudenziale con cui la Corte ha delineato l'invocabilità del principio di precauzione nel diritto comunitario.

---

accordata un'esenzione con riferimento all'impianto nella Schelda orientale dei mitili che provengono dal mare di Wadden. Investita da un operatore economico, la Commissione, il 17 ottobre 2003, ha contestato con una lettera di messa in mora il regime di autorizzazione preventiva all'impianto di ostriche e mitili provenienti da altri Stati membri, nelle acque costiere olandesi, perché in contrasto con gli artt. 28-30 TCE, e ha inviato, il 18 ottobre 2004, un parere motivato con cui ha invitato lo Stato a prendere i provvedimenti necessari entro due mesi. Il 13 gennaio 2005, non accogliendo la tesi olandese secondo la quale il regime di autorizzazione preventiva era giustificato da finalità di protezione dell'ambiente, la Commissione ha fatto ricorso alla Corte.

Per un'adeguata comprensione della sentenza e del contesto sembra necessaria una rapida ricostruzione del concetto di precauzione sia in ambito internazionale sia in ambito comunitario.

2. Il concetto di precauzione nel diritto internazionale

Ispirato ad un principio dell'ordinamento tedesco (Vorsorgeprinzip) e oggetto per la prima volta di un riferimento implicito nella Carta Mondiale della Natura del 1982[3], il concetto di precauzione ha ricevuto una prima definizione nella Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992. Nella Dichiarazione si fa riferimento ad un "precautional approach" (in italiano "metodo precauzionale"), di carattere politico più che giuridico, anche se contenuto nel "Principio" n. 15 della Dichiarazione, che recita "in caso di rischio di danno grave o irreversibile l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'abolizione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale"[4]. In seguito alla Dichiarazione, alcuni Trattati e numerosi atti di soft law hanno fatto riferimento alla "precauzione", talvolta configurandola come approccio, meno frequentemente come vero e proprio principio, giuridicamente rilevante[5].

I concetto di precauzione acquisisce importanza anche nel diritto del commercio internazionale, come giustificazione di misure restrittive della libertà commerciale, in particolare attraverso il riferimento esplicito operato dall'art. 5.7 dell'Accordo SPS (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures/Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie), secondo il quale, in assenza di prove scientifiche sufficienti, un membro

---

[3] Cfr. art. 11 b) "Le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura saranno precedute da un esame esaustivo; i loro promotori dovranno dimostrare che i benefici previsti prevalgono sui potenziali danni per la natura e, nei casi in cui gli effetti nocivi eventuali di queste attività sono perfettamente conosciuti, le attività stesse non dovranno essere intraprese". Si noti che, per quanto il principio non venga esplicitamente citato, in questa definizione, ormai datata, sono già contenuti alcuni degli elementi che caratterizzeranno le definizioni connesse alla nozione di precauzione.

[4] Di approccio anticipatorio parla M. MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001, pp. 40 s. Cfr. S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2006, p. 321 ss.

[5] Tra i Trattati, la Convenzione Quadro sul Cambiamento Climatico del 1992, che all'art. 3 pone alle parti un dovere "etico-politico" di adottare misure precauzionali riproponendo la definizione della Dichiarazione di Rio, il Preambolo della Convenzione sulla Biodiversità (1992), che anche richiama l'art. 15 della Dichiarazione di Rio, la Convenzione di Helsinki sulla protezione ed uso de corsi d'acqua trasfrontalieri e dei laghi internazionali (1992), che obbliga le Parti ad applicare il principio di precauzione. Cfr. S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa*, cit., pp. 321 ss.; A. BIANCHI, *Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa: il concetto di precauzione nel diritto internazionale,* in A. BIANCHI, M. GESTRI, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 429 ss., pp. 436 ss. Tra gli atti di *soft law* le Dichiarazioni delle conferenze sul Mare del Nord o le Decisioni del Consiglio dell'UNEP sugli inquinanti organici persistenti.

dell'OMC può temporaneamente adottare misure sanitarie o fitosanitarie sulle base delle informazioni pertinenti disponibili.

È in questo contesto, alquanto oscillante, che il concetto di precauzione trova applicazione anche nell'ambito del diritto del mare, in particolare relativamente alla conservazione delle risorse biologiche marine, essendo sancito in numerosi atti di soft law e trattati internazionali[6].

In particolare esso è servito a regolamentare non solo le attività rischiose per le risorse e per il loro habitat, ma anche attività ordinarie di pesca, facendo emergere il suo potenziale contrasto con gli interessi economici. Basti pensare alle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU sull'uso delle reti derivanti su larga scala per la pesca in alto mare, che hanno suscitato un ampio dibattito e forti critiche per il loro potenziale effetto paralizzante per l'industria del settore[7].

Da ciò l'esigenza, avvertita soprattutto durante i negoziati che hanno condotto alla firma dell'Accordo di New York sugli stock confinanti e sulle specie altamente migratrici del 1995, di evitare il temine "principio" e ritornare all'espressione della Dichiarazione di Rio per cui è necessario "un approccio precauzionale" che deve orientare tutte le scelte degli Stati in materia di pesca, lasciandoli liberi di valutare le misure da adottare (art. 6).

Anche numerose Organizzazioni Regionali di Pesca si sono adoperate affinché l'approccio orientato alla riduzione del rischio si imponesse in tutte le attività che riguardano la conservazione delle risorse marine. In tale prospettiva è da annoverare

---

[6] Il principio di precauzione non è oggetto di riferimenti nella Convenzione di Montego Bay del 1982, anche se parte della dottrina ne ravvisa un'applicazione implicita nell'art. 206. Cfr in tal senso G. ANDREONE, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale del mare*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., pp. 287 ss., p. 292. La prima esplicita previsione del principio di precauzione nel diritto del mare si ha con la Dichiarazione finale della seconda Conferenza ministeriale di Londra del 1987, seguita dalla Dichiarazioni de L'Aja sulla protezione del Mare del Nord del 1990 e Dichiarazione di Esbjerg del 1995 sulla protezione del Mare del Nord che applica per la prima volta la precauzione, sia come "principio" che come "approccio", alla conservazione delle risorse di pesca. Successivamente il principio è stato sancito nella Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino nell'Atlantico nord-orientale (1993), in cui il principio è in Preambolo e affermato all'art. 2.

[7] Cfr. risoluzioni n. 44/225 e 46/215 del 1991; risoluzione 47/443 del 1992; risoluzione n. 48/445 del 1993; risoluzioni 49/116 e 49/118 del 1994; risoluzione n. 52/29 del 1997 e n. 53/33 del 1998. La regolamentazione dell'uso delle risorse pelagiche è stata oggetto delle risoluzioni 95/1, 95/2 3 95/3 della Commissione generale per la pesca nel Mediterraneo. Tali risoluzioni, approvate a maggioranza del 2/3 di tutti i membri, sono considerate vincolanti per gli Stati che non abbiano presentato obiezioni entro 120 giorni successivi. Cfr. P. M. DUPUY, L*e principe de précaution et le droit international de la mer*, in *La mer et son droit*, 2003, pp. 205 ss., G. ANDREONE, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale del mare*, cit., in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., p. 291 ss.

l'attività dell'ICES, International Council for the Exploration of the Sea[8], che ha costituito un gruppo di studio che emana pareri relativi all'approccio precauzionale[9].

Da questo quadro, seppur brevemente tracciato, emerge che, nel diritto internazionale, il concetto di precauzione è spesso presente ma con una molteplicità di accezioni: talvolta appare come un "principio" che, stabilendo linee guida in vista del perseguimento di un determinato valore o interesse sociale, limita la libertà di azione degli Stati[10], talaltra, quando è necessario contemperare contrapposti interessi - ad esempio tutela dell'ambiente, della salute - assume una forma di carattere permissivo, conferendo agli Stati la libertà di imporre misure più restrittive[11]; più frequentemente esso si connota come "approccio", politicamente desiderabile ma non giuridicamente rilevante[12].

In tale scenario piuttosto nebuloso, si comprende l'atteggiamento prudente della giurisprudenza internazionale: basti pensare al fatto che, più volte sollecitata a pronunciarsi sul principio, la Corte Internazionale di Giustizia si è sempre astenuta dal farlo[13]. Lo stesso vale anche per il Tribunale internazionale per il diritto del mare[14]; né contributi rilevanti sono ascrivibili all'Organo di soluzione delle controversie OMC[15].

E si comprende anche perché la stessa dottrina si divide sul punto se la precauzione debba considerarsi una norma consolidata o una norma in formazione[16].

## 3. Il principio di precauzione nel diritto comunitario

---

[8] L'organizzazione è stata fondata nel 1902; la Convenzione è disponibile al sito www.ices.dk.

[9] Cfr. O.S. STOKKE, C. COFFEY, *Precaution, ICES and the common fisheries policy: a study of regime interplay*, in *Marine Policy*, 2004. pp. 117 ss.

[10] Cfr. F. FRANCIONI, *Sviluppo Sostenibile e Principi di Diritto Internazionale dell'Ambiente*, in WORKING GROUP ENVIRONMENTAL LAW, *Sustainable Development and International Law: The Way Forward*, EUI Working Papers Law 2007/28, pp. 7 ss., pp. 15 ss.

[11] Cfr. S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa*, cit., pp. 321 ss.

[12] Cfr. F. FRANCIONI, *Sviluppo Sostenibile*, cit., pp. 15 ss.

[13] Cfr. ordinanza del 22 settembre 1995 relativa alla richiesta della Nuova Zelanda di riesame del caso sulla giurisdizione della Corte Internazionale di Giustizia, riprodotta in *ICJ Reports*, 1995, pp. 290 ss.. e disponibile al sito www.icj-cij.org; cfr. anche la sentenza del 25 settembre 1997, *Progetto Gabcikovo-Nagymaros (Ungheria/Slovacchia)*, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7, e disponibile al sito www.icj-cij.org..

[14] In particolare cfr. INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR HE LAW OF THE SEA (ITLOS), *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand/Japan; Australia/Japan),* in 38 *ILM,* 1999, pp. 1624 ss. INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR HE LAW OF THE SEA (ITLOS), *The MOX Plant Case (Ireland* v. *United Kingdom),* , in 41 *ILM*, pp. 405 ss. Cfr. G. ANDREONE, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale del mare*, cit., in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., p. 316 ss.

[15] Cfr. *European Communities –Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WTO Doc. WT/DS26/AB/R del 16 gennaio 1998, par. 122; *European Communities – Measures affecting the approval and Marketing of Biotech Products, Rapporti Panel*, WTO Docs. WT/DS292/R, WT/DS293d del 29 settembre 2006.

[16] Cfr. M. MONTINI, *La necessità ambientale*, cit., pp. 43 ss. Cfr. A. BIANCHI, *Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa*, cit., in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., pp. 440 ss.; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa*, cit., pp. 321 ss.

3.1 Il principio di precauzione dalle prime pronunce giurisprudenziali alla Comunicazione del 2000

Se nel diritto internazionale il concetto di precauzione si afferma, sia pur in varie accezioni, sul piano normativo, senza trovare un adeguato riscontro sul piano giurisprudenziale, nel diritto comunitario il percorso è diverso.

Infatti, a partire dagli anni '70, è in sede giurisprudenziale che viene in rilievo il potenziale contrasto tra misure statali volte ad accordare rilevanza a specifiche esigenze, quali la tutela della salute e della vita delle persone, e la regolamentazione comunitaria, in particolare quella relativa alla libera circolazione delle merci[17].

In tali sentenze non si fa ancora riferimento esplicito a un principio di precauzione, ma si afferma la possibilità che gli Stati possano adottare misure non discriminatorie volte alla tutela di particolari esigenze di cui la normativa dello Stato esportatore non abbia tenuto adeguatamente conto.

A partire dagli anni '80, contestualmente all'emergere dei primi riferimenti alla precauzione nel diritto internazionale, in alcune sentenze nel settore agricolo e alimentare, la Corte ha ammesso la possibilità che in assenza di certezza scientifica siano gli Stati a decidere le misure da adottare a garanzia della tutela della vita e della salute[18]. In sentenze successive, tuttavia, la Corte ha chiarito che incertezza scientifica non deve interpretarsi come totale assenza di dati e che l'esistenza di dati scientifici, sia pur pochi e non univoci, attestanti la pericolosità dei prodotti costituisce presupposto imprescindibile per l'adozione delle misure restrittive[19].

In quest'ottica la nozione di precauzione si pone essenzialmente come limite al diritto comunitario, nel senso che rappresenta una giustificazione di misure derogatorie statali.

---

[17] Cfr., oltre alla molto nota Corte giust. del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein,* in *Racc.*, pp. 649 ss.; Corte giust. del 20 maggio 1976, in causa 104/75, *De Pejer*, in *Racc.*, p. 635, punto 15; Corte giust. del 17 dicembre 1981, causa 272/80, *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*, in *Racc.*, p. 3277, punto 7. Cfr. P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un'analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, pp. 15 ss.

[18] Cfr. Corte giust. del 14 luglio 1983, causa 174/82, *Sandoz*, in *Racc.*, p. 2445, punti 11-17. "tutte le volte che sussistono delle incertezze nello stato attuale della ricerca scientifica, spetta agli Stati membri, in mancanza di armonizzazione, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute e della vita delle persone, pur tenendo conto delle esigenze della libera circolazione delle merci nell'ambito della Comunità". Cfr. Corte giust. del 30 novembre 1983, causa 227/82, *Van Bennekom*, in *Racc.*, p. 3883 (punti 376b e 37). Cfr. P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale*, cit., nota n. 5.

[19] Cfr. sentenza Corte giust. del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, p. 1227 (punto 51).

Va peraltro evidenziato che, se, da un lato, gli Stati possono avere interesse ad applicare misure più restrittive a tutela di esigenze imperative, dal canto loro, anche le stesse Istituzioni, nel perseguimento degli obiettivi del Trattato, possono intervenire con misure precauzionali. In tale prospettiva il principio di precauzione si configura come un limite per gli Stati[20].

Intanto, sul piano normativo, a partire dagli anni '90, soprattutto in tema di regolamentazione degli OGM, sono emanati i primi atti comunitari che sanciscono esplicitamente la necessità per gli Stati di tener conto, nell'adozione di determinate misure, di rischi la cui natura precisa ed entità non sono ancora completamente noti[21].

Ma è spettato ancora alla giurisprudenza della Corte proseguire nel tentativo di delineare un regime del principio. Essa infatti ha tracciato una differenza tra le misure poste in essere dalle Istituzioni comunitarie e le misure poste in essere dagli Stati: se per le misure statali è indispensabile l'esistenza di dati scientifici attestanti il rischio, nel caso di misure delle Istituzioni tali dati non sono considerati imprescindibili[22].

Con il Trattato di Maastricht, la precauzione ha trovato una sua collocazione nell'art. 130 R (ora 174) TCE con riferimento alla politica ambientale. È interessante notare che tale articolo fa specificamente riferimento al "principio" di precauzione, probabilmente per conferirgli un carattere di giuridicità, prendendo così le distanze dall'orientamento del diritto internazionale, affermato, tra l'altro, come già evidenziato, nella Dichiarazione di Rio e nell'Accordo di New York del '95, che preferiscono l'accezione di "approccio precauzionale", di carattere "metodologico".

In ogni caso, il Trattato si è guardato dal dare una definizione del principio e si è limitato ad annoverarlo insieme agli altri principi della politica comunitaria dell'ambiente.

Dal canto suo la Corte, sempre intenta a delineare condizioni e limiti del principio, nella sentenza Mondiet[23] del 1993, ha affermato la necessità che, nel perseguimento

---

[20] Cfr. Corte giust. 15 dicembre 1987, causa 325/85, *Irlanda c. Commissione*, in *Racc.*, pp. 5041 ss.

[21] Si pensi in particolare alla direttiva 90/219/CEE del Consiglio, del 23 aprile 1990, sull'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati, in *GUCE* L 117 dell'8 maggio 1990, pp. 1 ss.

[22] Cfr. Corte giust. del 13 novembre 1990, causa C-331/88, *Fedesa*, in *Racc.*, p. I-4023, in cui, nel dichiarare la legittimità della direttiva del Consiglio che vietava il ricorso a sostanze ormonali nella produzione di sostanze animali, la Corte ha considerato irrilevante l'inesistenza di prove scientifiche sulla dannosità delle sostanze in oggetto e l'esistenza di prove contrarie. Cfr. più tardi Corte giust. 14 luglio 1994, causa C-17/93, *Van der Weldt*, in *Racc.*, pp. 3537 ss., in cui la Corte ha affermato che qualora uno Stato membro, limitandosi ad avanzare considerazioni di ordine generale anziché indicare dati certi ottenuti da ricerche scientifiche pertinenti, non dimostri che una disciplina restrittiva da lui posta in essere è necessaria per la tutela della salute dei consumatori e che essa non oltrepassa i limiti di quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, la disciplina in parola non può considerarsi giustificata, alla stregua dell' art. 36 (oggi art. 30) del Trattato, da esigenze di tutela della sanità pubblica. Successivamente cfr. Corte giust. del 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorp*, in *Racc.*, pp. 4075 ss.

[23] Corte giust. del 24 novembre 1993, C- 405/92, *Mondiet*, in *Racc,* pp. 6133 ss.

degli obiettivi per la conduzione delle loro politiche, tra cui in particolare la conservazione delle risorse marine, le istituzioni godano di discrezionalità nell'individuazione delle misure di precauzione da adottare e che tale discrezionalità non sia limitata dall'esigenza di dati scientifici recenti e specifici. La Corte ha, in particolare, affermato che la mancanza di pareri scientifici o la loro natura non probante non deve impedire al Consiglio di adottare le misure da esso reputate indispensabili per realizzare gli scopi della politica comune della pesca. Nel formulare misure restrittive, tuttavia, il Consiglio deve attestarsi su posizioni ampiamente diffuse sul piano internazionale, non è necessario che rilevi dati scientifici ad hoc e gode di discrezionalità rispetto al tipo di misure da porre in essere[24].

Ciò è tanto più interessante in quanto nella sentenza Mondiet la Corte ha anche affermato che, per il regolamento in cui erano adottate le misure restrittive, era stato opportunamente scelto come base giuridica l'articolo relativo alla politica agricola e di pesca e non gli articoli, introdotti dal Trattato di Maastricht, relativi alla politica dell'ambiente. Ciò significa che, per quanto nel Trattato il principio di precauzione sia affermato solo con riferimento all'ambiente, esso si connota in realtà come principio trasversale, applicabile anche nelle altre politiche in cui si avverte la necessità di attuare misure di tutela e conservazione, prima tra tutte la politica della pesca[25].

In questa ottica si è mossa anche la Commissione, nella decisione relativa a disposizioni notificate dal Belgio sull'immissione in commercio e l'uso di composti organostannici, da cui risulta, superando la distinzione tra politica dell'ambiente e politica di pesca, che la tutela e la conservazione delle risorse alieutiche è coperta dalle previsioni ambientali e che i principi della politica ambientale possono efficacemente essere applicati alla politica di pesca[26].

Nelle successive pronunce, la Corte ha incominciato a definire condizioni e limiti nell'applicazione del principio di precauzione applicabili indipendentemente alle misure degli Stati e delle Istituzioni, al fine soprattutto di limitare gli effetti delle misure di precauzione sul mercato comune.

Con riferimento agli Stati, nell'intento di evitare che il principio di precauzione diventi un espediente per limitare la libera circolazione delle merci, la Corte rivaluta meccanismi che consentono a questi ultimi di controllare i prodotti senza vietarli a priori.

---

[24] Cfr, M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale,* cit., pp. 459 ss., p. p. 494.
[25] Cfr. P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale*, cit., p. 3 ss.
[26] Si tratta della Decisione della Commissione 2000/510/CE del 25 luglio 2000, in *GU* L 205 del 12 agosto 2000, p. 7 ss. Cfr. P.PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale*, cit., p. 4.

Così la Corte riabilita il meccanismo delle autorizzazioni, considerato in passato strumento altamente restrittivo e concepito ora come valida alternativa ai divieti perentori che celino intenti protezionistici. Il settore della pesca appare particolarmente interessato da questo tipo di regimi. In una sentenza relativa al divieto tedesco di importazione dei gamberi d'acqua dolce, volto a preservare la popolazione di gamberi tedesca contro il rischio della peste dei gamberi e a tutela della sua identità genetica, la Corte ha affermato che, invece di vietare semplicemente l' importazione di tutte le specie di gamberi, la Germania avrebbe potuto limitarsi a sottoporle a controlli sanitari o ad autorizzazione[27].

Con riferimento alle Istituzioni, la Corte ha esteso la necessità di una valutazione scientifica per un ricorso "prudente" al principio di precauzione anche con riferimento alle misure da esse adottate. Non è un caso che ciò avvenga ancora una volta in materia di pesca, che si presenta come il settore in cui più evidentemente emergono i contrasti tra esigenze economiche, tutela ambientale e conservazione delle risorse. In particolare nella sentenza Affish[28] la Corte infatti, nel pronunciarsi sulla validità della decisione della Commissione 95/119/CE[29], relativa a talune misure protettive nei confronti dei prodotti della pesca originari del Giappone, ha conferito una particolare attenzione agli elementi fattuali e dunque all'esistenza di prove circa il rischio di dannosità delle pratiche vietate[30] nonché alle valutazioni precedenti l'adozione delle misure di precauzione, anche quando queste siano state adottate dalle Istituzioni comunitarie. In tale prospettiva, le modalità

---

[27] Cfr. Corte giust. del 13 luglio 1994, causa C-131/93, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, pp. 3303 ss. Per esempi in altri settori cfr. Corte giust. del 17 settembre 1998, causa C-400/96, *Harpegnies*, in *Racc.*, pp. 5121 ss.; cfr. anche causa 67/97 cit.

[28] Sentenza del 17 luglio 1997, causa C-183/95, in *Racc.*, pp. 4315 ss.

[29] Decisione 95/119/CE della Commissione, del 7 aprile 1995, relativa a talune misure protettive nei confronti dei prodotti della pesca originari del Giappone, in *GU* L 80 dell'8 aprile 1995, p. 56 ss.

[30] Cfr. anche Corte giust. del 5 maggio 1998, causa C- 180/96, *Regno Unito c. Commissione,* in *Racc.***,** pp. 2265 ss., TPI del 16 luglio 1998, causa T-199/96, in *Racc.*, p. 2805 ss.; Corte giust. dell'11 luglio 2000, causa C-473/98, in *Racc.*, pp. 5681 ss.; TPI del 23 ottobre 2001, causa T-155/99, *Dieckmann & Hansen GmbH*, in *Racc.*, pp. 3143 ss., Corte giust. del 23 ottobre 2001, causa C-510/99, *Tridon*, in *Racc.*, pp. 7777 ss.;, e, più di recente, TPI dell' 11 settembre 2002, T-70/99, *Alpharma c. Consiglio*, in *Racc.*, pp. 3495 ss. e T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, in *Racc..,* p. 3305 ss., TPI del 28 gennaio 2003, T-147/00, *Les Laboratoires Servier*, in *Racc***.,** pp. 85 ss.; TPI del 21 ottobre 2003, causa T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV*, in *Racc.*, pp. 4555 ss.; Corte giust. del 23 settembre 2003, C- 192/01, in *Racc.*, pp. 9693 ss.; Corte giust. del 5 febbraio 2004, C-95/01, *Greenham et Abel*, in *Racc* ,p.p. 1333, Corte giust. del 2 maggio 2004, C-24/00, *Commissione c. Francia,* in *Racc.,* p. 1277 ss. Corte giust. del 12 gennaio 2006, causa C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow*, in *Racc.,* p. 679. Tuttavia cfr. TPI del 10 marzo 2004, causa T-177/02, *Malagutti-Vezinhet c. Commissione*, in *Racc., ,*p. 827 ss.: "Il principio di precauzione verrebbe privato del suo effetto utile se occorresse attendere l'esito di tutte le ricerche necessarie prima dell'adozione di siffatte misure". Più recentemente cfr. TPI dell'11 luglio 2007, causa T-229/04, *Svezia c. Commissione*, in *.Racc.,* p. 2437. Cfr. M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione*, cit., in A. BIANCHI, M. GESTRI ( a cura di), *Il principio di precauzione*, cit., pp. 499: "Si è invero passati da riferimenti indiretti o comunque frettolosi al principio ed alle sue implicazioni, nel quadro di un'approvazione quasi "di routine" dei provvedimenti comunitari ad un serrato esame dei vari passaggi implicati nel ricorso al principio".

con cui viene svolta la valutazione scientifica e la qualità dei dati e dei pareri su cui la valutazione si fonda diventano determinanti[31].

Le condizioni più rigorose di ricorso al principio di precauzione non scalfiscono, tuttavia, la piena discrezionalità valutativa delle Istituzioni. Con particolare riferimento al campo della conservazione delle risorse marine, la Corte ha affermato che le misure precauzionali, poiché non sono fondate su dati scientifici probanti, non possono impedire alle istituzioni di emanare successivamente atti, sia pur in apparente contrasto con tali misure, che siano necessari per il raggiungimento degli obiettivi della Comunità e la cui dannosità non sia provata[32].

### 3.2 La Comunicazione del 2000 e la giurisprudenza successiva

Spinta dall'opera di ricostruzione del regime del principio di precauzione portata avanti dalla Corte, la Commissione ha avvertito l'esigenza di elaborare orientamenti chiari ed efficaci al fine della sua applicazione e, sulla spinta della risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999, ha emanato la Comunicazione 1/2000[33]. La Comunicazione costituisce essenzialmente un tentativo di riordinare il bagaglio di condizioni, criteri, limiti, procedure che la Corte ha messo a punto nella sua giurisprudenza in cui ha affrontato il tema della gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica.

La Commissione muove dal presupposto che i responsabili politici, a qualsiasi livello, devono costantemente affrontare il dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante.

Secondo la Commissione, si deve far ricorso al principio di precauzione quando "le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto".

---

[31] Cfr. causa T-392/02, ,cit., Cfr. P. ICARD, *Le principe de précaution façonné par le juge communautaire*, in *RDUE*, 2005, pp. 99 ss.

[32] Cfr. in particolare Corte giust. del 5 ottobre 1999, causa C-179/95, *Regno di Spagna c. Consiglio*, in *Racc,* p. 6475 ss. Poiché la Spagna sosteneva che, nel momento in cui il Consiglio aveva fissato i TAC per ciascuna specie, qualsiasi provvedimento che determinasse il superamento del detto TAC avrebbe compromesso la conservazione della specie, la Corte ha risposto che, nel determinare i TAC, il Consiglio ha agito a titolo precauzionale e non sulla scorta di dati scientifici probanti.

[33] COM(2000) 1 final del 2 febbraio 2000 (non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale), *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*.

Per avere una migliore percezione degli effetti potenzialmente negativi di un fenomeno, risulta necessario procedere ad una valutazione scientifica quanto più completa possibile, che deve essere realizzata sulla base dei dati disponibili nel momento in cui si considera se siano necessarie misure volte a proteggere l'ambiente o la salute umana, animale e vegetale[34].

Effettuata la valutazione scientifica, il livello di rischio "accettabile" per la società è una "responsabilità eminentemente politica". Nel momento in cui i responsabili politici riconoscono la necessità di intervenire con atti giuridicamente vincolanti, le misure basate sul principio di precauzione devono essere fondate sui criteri di: proporzionalità, non discriminazione, coerenza con le altre misure, fondamento su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione; possibilità di revisione, possibilità di attribuire la responsabilità delle prove scientifiche necessarie per una completa valutazione del rischio.

Per quanto riguarda i settori di applicazione, la Commissione esplicita quanto già affermato nelle sentenze della Corte, ovvero che, per quanto il Trattato citi il principio di precauzione solo con riferimento all'ambiente, il suo campo di applicazione è più vasto, includendo tutte le circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto. In tal modo la Commissione conferma la sua piena applicabilità anche nel settore della pesca.

Emerge con evidenza che la Comunicazione recepisce i principi delineati dalla Corte nella sua giurisprudenza: piena discrezionalità del decisore politico, necessità di una valutazione scientifica rigorosa, anche se fondata su dati già esistenti, necessità di mediare tra esigenze imperative e istanze economiche; possibilità di estendere l'applicazione del principio a tutti i settori in cui sia necessario applicare misure di tutela[35].

Dopo l'emanazione della Comunicazione, la Corte ha continuato a delineare condizioni e limiti di applicazione del principio di precauzione, focalizzando, in primo

[34] Secondo la Commissione, la valutazione richiede "dati scientifici affidabili e un ragionamento rigorosamente logico che porti ad una conclusione la quale esprima la possibilità del verificarsi e l'eventuale gravità del pericolo sull'ambiente o sulla salute di una popolazione data, compresa la portata dei possibili dati, la persistenza, la reversibilità e gli effetti ritardati".

[35] Cfr. D. FRANZONE, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in A. BIANCHI, M.GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit. pp. 3 ss., p. 7.

luogo, la sua attenzione sul rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione[36], in secondo luogo vigilando a che gli Stati, forti dell'ormai piena affermazione del principio, non lo utilizzino come strumento restrittivo degli scambi.

A tal fine, da un lato, la Corte ha affermato esplicitamente che il principio di precauzione non può essere applicato in violazione di divieti assoluti contenuti nel Trattato come quello di non imporre tasse di effetto equivalente[37]. Dall'altro lato, la Corte ha delineato con più chiarezza i limiti, e soprattutto le condizioni di carattere sostanziale e procedurale[38], in cui il principio di precauzione può essere invocato a fondamento di misure unilaterali restrittive della libertà di circolazione. La Corte ha in particolare affermato che, in mancanza di armonizzazione e in caso di incertezza scientifica, se compete agli Stati membri decidere in merito al livello di tutela della salute e della vita delle persone ed autorizzare l'immissione sul mercato di alcuni prodotti, ricade sugli stessi l'onere di dimostrare la necessità delle misure[39]. In particolare, con riferimento ai regimi di autorizzazione, la Corte si è spinta a individuare in maniera puntuale non solo gli aspetti di merito ma anche quelli procedurali. In particolare, tali meccanismi devono garantire la facile accessibilità delle procedure, la possibilità di concluderle in termini ragionevoli e, in caso di esito negativo, la decisione di diniego deve poter formare oggetto di un ricorso esperibile in via giurisdizionale. In più, le decisioni che negano l'autorizzazione si devono fondare "su un'approfondita valutazione del rischio per la salute, basata sui più affidabili dati scientifici disponibili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale"[40]. L'autorizzazione, infine, può essere respinta dalle autorità

---

[36] Per la necessità che misure restrittive siano proporzionali cfr. Corte giust. del 2 dicembre 2004*, Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.,* p. 11375 ss. Per la necessità che le misure non siano discriminatorie, cfr. Corte giust. del 19 giugno 2008, causa C-219/07, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, non ancora pubblicata in Raccolta. Per un'estensione del principio di precauzione, e delle sue condizioni, in ambito EFTA, cfr. Corte giust. del 1aprile 2004*,* C- 286/02*, Bellio F.lli,* in *Racc.,* p. 3465 ss.

[37] Cfr. Corte giust. del 21 giugno 2007, causa C-173/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* ,p. 4917, "quanto all'argomento del governo italiano secondo cui il ricorso della Commissione sarebbe privo di fondamento in quanto il tributo controverso sarebbe stato istituito unicamente allo scopo di salvaguardare l'ambiente, tenuto conto, segnatamente, degli obblighi inerenti al principio di precauzione, è sufficiente ricordare che le tasse di effetto equivalente sono vietate a prescindere da qualsiasi considerazione circa lo scopo per il quale sono state istituite, come pure circa la destinazione dei proventi che ne derivano".

[38] Cfr. M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione*, cit., in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio di precauzione*, cit., pp. 504 ss., mette in rilievo che la prima sentenza in tal senso è ascrivibile alla sentenza della Corte AELS in causa E-3/00, in *EFTA Court Report* 2000-2001, p. 73 ss.

[39] Cfr. Corte giust. del 23 settembre 2003, causa C-192/01, *Commissione c. Danimarca*, in *Racc.,* p. 9693, che la mancanza di un fabbisogno nutrizionale della popolazione non basta, di per sé, a giustificare un divieto assoluto, sulla base dell'art. 30 CE, di commercializzare prodotti alimentari legalmente fabbricati e/o commercializzati in altri Stati membri.

[40] Cfr. C-95/01 cit. punti 48 ss. Sulla necessità di tener conto del principio di precauzione nelle procedure di autorizzazione, cfr. anche Corte giust. del 26 maggio 2005*, Codacons e Federconsumatori*, in *Racc* , p. 4167, punto 63.

nazionali competenti solo se si prefigura un rischio reale, non potendosi ad esempio fondare su pareri che si esprimano in termini generici[41].

Tali regole valgono, in ogni caso, solo in assenza di misure di armonizzazione. In presenza di tali misure, invece, si dovrà ricorrere alla procedura prevista all'art. 95 TCE, ovvero lo Stato potrà mantenere disposizioni nazionali derogatorie giustificate da esigenze imperative o introdurne di nuove, ma previa autorizzazione della Commissione[42].

4. Conclusioni

La sentenza del dicembre 2008 rappresenta, come già evidenziato, l'ultima tappa della costruzione giurisprudenziale delle condizioni sostanziali e procedurali di applicazione del principio precauzionale nel settore della conservazione delle risorse alieutiche.

In particolare la Corte ha ribadito due punti chiave: a) l'esigenza di un'applicazione non discriminatoria del principio; b) la rilevanza della fase di valutazione scientifica, fondata sui dati scientifici più affidabili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale.

A differenza di quanto si rileva nel del diritto internazionale, nel quale sussiste ancora un'incertezza circa lo status del concetto di precauzione, nel diritto comunitario, affermato in via giurisprudenziale e successivamente collocato nel Trattato, tale concetto si è affermato ormai pienamente quale principio che deve orientare sia gli Stati che le Istituzioni nell'adozione di misure di salvaguardia di esigenze imperative. In tale ottica la politica di conservazione della pesca diviene un campo fondamentale, da un lato, per valutare la discrezionalità delle Istituzioni, dall'altro, per tessere il regime cui gli Stati e le Istituzioni devono attenersi nell'applicazione del principio.

Attraverso la minuziosa operazione di definizione, da parte della Corte, di condizioni, limiti, criteri, procedure, il principio di precauzione diviene il punto di snodo attraverso il quale gli obiettivi di conservazione delle risorse alieutiche si bilanciano con quelli del mercato comune, in un'ottica pienamente orientata allo sviluppo sostenibile, e che contempera le istanze del libero scambio con quelle di tutela dell'ambiente e in particolare di conservazione delle risorse marine.

---

[41] Cfr. Corte giust. del 5 febbraio 2004, C-24/00, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, pp. 1277 ss.

[42] A proposito, in Corte giust. del 20 marzo 2003, causa 3/00, *Danimarca c. Commissione*, in *Racc.*, pp. 2643 ss., la Corte ha puntualizzato che " né il tenore letterale dell'art. 95, n. 4, CE né l'economia di questo articolo nel suo insieme consentono d'imporre allo Stato membro richiedente di dimostrare che il mantenimento in vigore delle norme nazionali da esso notificate alla Commissione è giustificato da un problema specifico di tale Stato".

Tramite questa operazione, la Corte delinea un metodo di mediazione degli interessi economici con altre esigenze, che ha già mostrato la sua efficacia nel mercato comune, e che potrebbe essere proficuamente applicato anche nel commercio internazionale.

**Inattuazione di una direttiva comunitaria e titolari del diritto al risarcimento del danno: il caso dei medici specializzandi.**

di Anna Chiara Forte[1]

In materia di formazione dei medici specialisti e corsi per il conseguimento dei relativi diplomi, le direttive europee 75/362/CEE, 75/363/CEE e 82/76/CEE (coordinate con la direttiva 93/16/CEE) avevano prescritto che le suddette attività, tanto a tempo pieno, quanto a tempo ridotto, dovessero essere oggetto di una adeguata remunerazione in tutti gli Stati membri.

L' art. 16 della direttiva 82/76/CEE, in particolare, aveva indicato agli Stati il 31 dicembre 1982 quale termine ultimo per adottare tutte le misure necessarie per conformarsi alla medesima, in osservanza degli artt. 5 e 189 dell' originario Trattato CEE.

Lo Stato italiano ha recepito tale ultima direttiva con il D.Lgs. 8 agosto 1991 n. 257, dunque con circa dieci anni di ritardo solo in seguito alla condanna della Corte di Giustizia delle Comunità Europee pronunziata con sentenza del 7 luglio 1987, causa n. 49/86. Il Legislatore italiano, inoltre, aveva condizionato l'applicazione della citata normativa, prevedendo che la borsa di studio annuale di lire 21.500.000 fosse conseguita dai soli medici specializzandi ammessi alle scuole di specializzazione a far data dall'anno accademico 1991/1992.

La parziale e tardiva attuazione della direttiva in questione aveva causato la mancata remunerazione dei medici iscritti ai corsi di specializzazione tra gli anni 1982 e 1991 durante l'espletamento di tali attività di formazione e delle correlate prestazioni mediche. A seguito di tale situazione, inoltre, nasceva un ampio contenzioso in materia nel corso del quale il primo intervento della Corte di Giustizia risale ad una sentenza del 25 febbraio 1999 (procedimento C-131/97).

Tale provvedimento, emesso a seguito di rinvio pregiudiziale, sanciva definitivamente il diritto alla remunerazione a beneficio di tutti i medici iscritti alle scuole di specializzazione negli anni accademici compresi tra il 1983 ed il 1991 in ragione dell'obbligo incondizionato e sufficientemente preciso dettato dalle disposizioni comunitarie ed indicava, inoltre, quale rimedio alle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento italiano, l'applicazione retroattiva del decreto 257/91 al fine di assicurare una adeguata tutela risarcitoria agli interessati.

---

1 Dottore di ricerca in "Formazione del diritto europeo, fondamenti storico-filosofici ed evoluzione del diritto positivo" dell'Università degli studi di Cassino.

Con la successiva sentenza del 3 ottobre 2000, (causa C – 371/97), la Corte Europea si è nuovamente pronunziata sul punto precisando che l' obbligo di retribuire adeguatamente i periodi di formazione dovesse essere ritenuto direttamente efficace sia per la formazione a tempo pieno, sia per quella a tempo parziale.

L'inadempienza dello Stato italiano ha generato un vivace dibattito giuridico che ha messo in luce le carenze strutturali del sistema processuale italiano, quando, attraverso l'azione giudiziaria, si intende tutelare i diritti derivanti dalle norme europee.

**1) La normativa comunitaria in tema dei riconoscimento dei titoli di studio.**

Il riconoscimento dei titoli di studio è un tema che si collega alla libertà di circolazione delle persone, intese come lavoratori autonomi che svolgono una libera professione, ed alla libertà di circolazione dei servizi[2] e si inquadra in un disegno comunitario finalizzato all'unificazione politica, oltre che economica, della Comunità europea[3] necessario per rendere effettivo il processo di integrazione europea.

L' attuazione pratica del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi è stata lenta e graduale, stante un atteggiamento "protezionistico" degli Stati e degli stessi ordini professionali nei confronti dei propri cittadini, nonché una certa sfiducia negli ordinamenti didattici degli altri Paesi[4]. La situazione sembrava essersi parzialmente

---

[2] La libertà di circolazione per i lavoratori autonomi indica il diritto di stabilimento in virtù del quale è accordata loro la possibilità di accedere ad un'attività non salariata in un Paese dell' Unione Europea alle condizioni che questo ha stabilito per i propri cittadini e di insediarsi stabilmente in detto Paese. A quest'ultimo, per contro, è fatto divieto di operare qualsiasi discriminazione tra i propri cittadini e quelli di un altro Stato membro. La libertà di prestazione dei servizi riguarda, invece, la singola prestazione in cui si identifica il servizio. Nell'esercizio di tale libertà ciò che circola immancabilmente è la prestazione, mentre lo spostamento fisico all' estero del professionista oltre ad essere temporaneo o occasionale, potrebbe addirittura mancare. In quest'ottica possono verificarsi tre differenti ipotesi: è possibile che il professionista si rechi in un altro Stato membro per eseguire una singola prestazione, quale può essere, ad esempio, una consulenza medica; al contrario può accadere che sia il fruitore del servizio a spostarsi, come accade nel caso in cui un paziente si rechi in un altro Stato per sottoporsi ad intervento chirurgico; infine è possibile che né il prestatore, né il fruitore del servizio si spostino, per esempio nel caso in cui una richiesta di consulenza e la relativa risposta avvengano via fax o via internet. Sul punto, tra gli altri, v.VILLANI, *Titoli di studio e professioni nella Comunità Europea*, in *La Comunità internazionale*, 1994, p. 497 e ss.

[3] Per un approfondimento sul tema della libera circolazione dei servizi, v. tra gli altri, TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE, 1985, Padova.*

[4] Il Trattato di Roma aveva previsto la graduale attuazione del diritto di stabilimento e della libertà di circolazione dei servizi entro il 31 dicembre 1969, data finale del cd. Periodo transitorio. A tal fine sarebbero state emanate direttive di "liberalizzazione" per la soppressione delle restrizioni esistenti; direttive volte a coordinare le disposizioni nazionali relative all' accesso alle attività non salariate ed al loro esercizio; nonché direttive sul riconoscimento dei diplomi. Alla data prevista, tuttavia, alcuna norma aveva ricevuto attuazione. Nelle legislazioni degli Stati membri erano presenti ancora ostacoli legati alla cittadinanza; le direttive di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all' acceso alle professioni, né quelle tese al riconoscimento dei diplomi erano state emanate. Gli Stati si erano

sbloccata nel 1975 quando il procedimento di liberalizzazione si era avviato nella direzione auspicata, quella cioè di un approccio "settoriale" della Comunità consistente nella contestuale emanazione di due direttive per ciascuna professione, una sul riconoscimento del titolo di studio, l'altra sul coordinamento della disciplina delle condizioni di esercizio della professione in questione, comprese quelle relative al corso di studi universitario. Ben presto, tuttavia, tale approccio si è rivelato fallimentare costringendo gli addetti ai lavori ad una nuova prospettiva caratterizzata da una doppia valenza[5], giurisprudenziale e normativa al tempo stesso. Con la sentenza *Vlassopoulou*[6], infatti, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha fornito la possibilità di un riconoscimento "comunitario" dei titoli di studio, stabilendo l'obbligo degli Stati di attenersi al generale principio di buona fede per riconoscere i titoli di studio rilasciati dai Paesi di origine ed ha individuato nell'art. 10 TCE, che regola il principio di cooperazione, il fondamento giuridico della predetta impostazione teorica. Seguendo il ragionamento della Corte, ogni Stato, facendo leva su uno sforzo "di buona volontà" e sebbene in assenza di normative uniformi, sarebbe tenuto ad adoperarsi per dare attuazione effettiva alla normativa concernente le libertà fondamentali.

L'insuccesso dell'approccio settoriale e le oggettive difficoltà legate alla disarmonia delle diverse legislazioni nazionali, tuttavia, hanno finito per costringere le istituzioni comunitarie a percorrere un'ulteriore strada, quella della emanazione di direttive a carattere generale, nel tentativo di realizzare una sorta di mutuo riconoscimento dei diplomi ottenuti in ambito europeo.

E' in tale contesto normativo che si inquadrano la direttiva n. 75/362[7], altrimenti detta "direttiva riconoscimento", concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi e la n. 75/363, cd.

---

mostrati restii ad aprirsi a tradizioni scientifiche e culturali di sedi universitarie diverse dalle loro e lo stesso tentativo di coordinare i *curricula* formativi era ostacolato dalla difficoltà reale di armonizzare sistemi didattici tanto diversi tra loro.

[5] Sul punto v. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea,* commento all'art. 43, pag. 388 e ss.

[6] Racc., I-2357, punti 14-15; 7 maggio 1992, C-104-91.

[7] Successivamente sono state regolate anche le altre professioni: per i dentisti sono intervenute le direttive n. 78/686 e n. 78/687 del 25 luglio 1978; per i veterinari la n. 78/1026 e la n. 78/1027 del 18 dicembre 1978; per i farmacisti la n. 85/432 e la n. 85/433 del 16 settembre 1985.
Le professioni di avvocato ed architetto, invece, sono state regolate mediante l'adozione di singole direttive, rispettivamente la n. 85/384 del 10 giugno 1985 e la n. 77/249 del 22 marzo 1977. Per un approfondimento sulle novità previste dai suddetti strumenti normativi v. BALLARINO, *Manuale di diritto della Unione Europea*, 6° ed., Padova, 2001, pag. 450 e ss.

"direttiva coordinamento" tesa, appunto, al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico [8].

In tale ultima direttiva si ritrova una definizione comunitaria del contenuto della formazione di medico che in caso di difformità vincola gli Stati membri ad una modificazione delle disposizioni nazionali; si stabilisce infatti che tutto il ciclo di formazione medica deve avere una durata minima di sei anni o comprendere un minimo di 5.500 ore di insegnamento teorico e pratico impartito in un'università o sotto il controllo di quest'ultima; che gli Stati membri devono richiedere un diploma comprovante che l' interessato abbia acquisito adeguate conoscenze delle scienze sulle quali si fonda l'arte medica, dei problemi e dei metodi clinici, nonché un'adeguata esperienza clinica sotto opportuno controllo in ospedale. Nella direttiva "riconoscimento", invece, viene fornita una lista dei diplomi conferiti negli Stati membri che devono valere in ogni Stato come quelli che esso stesso rilascia[9]. In particolare la direttiva 75/362 distingue tre diverse ipotesi di riconoscimento: "automatico" se la specializzazione di cui si tratta è comune a tutti gli Stati membri e compare nell'elenco di cui all'art. 5 della stessa direttiva; "relativamente automatico"qualora la specializzazione sia propria di due o più Stati membri e rientri in una di quelle menzionate all' art. 7 n. 2,; infine, per le specializzazioni che non rientrino in nessuna delle due precedenti ipotesi, lo Stato membro ospitante può esigere dai cittadini di altri Stati membri che siano rispettate le condizioni di formazione previste dal proprio diritto interno[10], prevedendo, tra l'altro, appositi strumenti di raffronto tra le diverse competenze attestate e quelle richieste dal sistema italiano.

Le direttive richiamate sono state entrambe modificate dalla direttiva n. 82/76[11] la quale, all'art. 9, stabilisce che la formazione che permette il conseguimento del diploma, certificato o altro titolo di medico specialista risponda ad una serie di condizioni

---

[8] GU L 167/1975, p. 14

[9] E' opportuno precisare che il riconoscimento dei diplomi in questione non concerne il titolo accademico ottenuto a seguito di un corso di studi universitario, ma il titolo richiesto per l'esercizio effettivo dell'attività professionale oggetto della direttiva. Nell'elenco dei titoli che ritroviamo nella direttiva n. 75/362, infatti, è menzionata, per quanto riguarda l'Italia, non la laurea in medicina e chirurgia che rilascia l'università, ma il diploma di abilitazione all'esercizio della medicina e chirurgia rilasciato dalla commissione di esame di Stato.

[10] In tema di riconoscimento dei titoli di studio nella valutazione degli stessi ai fini del riconoscimento in uno Stato diverso da quello di appartenenza opera un criterio sostanziale. In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella pronuncia *Vlassopoulou, causa c-340/89,* sentenza 7 maggio 1991, *Racc.* pag. I-2375, punto 16. La CJCE ha affermato che "spetta allo Stato membro, al quale è stata presentata la domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso è, secondo la normativa nazionale, subordinato al possesso di un diploma o di una qualifica professionale, prendere in considerazione i diplomi, certificati e gli altri titoli che l' interessato ha acquisito ai fini dell' esercizio della medesima professione in un altro Stato membro, al quale è stata presentata la domanda di autorizzazione, procedendo ad un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e qualifiche richieste dalle norme nazionali".

[11] GUCE L 43/1982, pag. 21.

elencate nella stessa disposizione. In particolare si richiede che la suddetta formazione si svolga a tempo pieno e sotto il controllo delle autorità competenti, conformemente a quanto stabilito al punto 1 dell' allegato. Tale ultimo dispone, altresì, che la formazione a tempo pieno deve essere effettuata in posti di formazione specifici riconosciuti dalle autorità competenti; essa implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua, comprese le guardie, in modo che lo specialista in via di formazione vi dedichi tutta la sua attività professionale per l'intera durata della normale settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. L'attività formativa descritta forma pertanto oggetto di una adeguata remunerazione e può essere interrotta in presenza di motivi quali, tra gli altri, il servizio militare, le missioni scientifiche, la gravidanza o la malattia.

La disposizione prosegue poi nell'enunciare i criteri cui la formazione a tempo ridotto deve attenersi e quindi, dopo aver stabilito che essa risponde alle stesse esigenze della formazione a tempo pieno, evidenzia che se ne distingue unicamente per la possibilità di limitare la partecipazione alla attività mediche ad una durata corrispondente perlomeno alla metà di quella prevista al punto 1, secondo comma. Anche per quest'ultima modalità di formazione è prevista una "remunerazione adeguata".

## 2) La trasposizione tardiva delle direttive Ce nell'ordinamento italiano.

Le direttive n. 75/362 e n.75/363 sono state trasposte nel nostro ordinamento nazionale con la legge 22 maggio 1978 n. 217[12]; la direttiva 82/76, invece, con il d. lgs. 8 agosto 1991 n. 257[13], ben oltre il 31 dicembre 1982[14], termine prescritto dalla normativa comunitaria per la sua attuazione. Il suddetto d. lgs. nel determinare i diritti e gli obblighi dei medici che seguono una formazione specialistica, ha previsto una borsa di studio in loro favore, in ossequio a quanto stabilito a livello europeo, precisando, tuttavia, che le

[12] GURI n. 146 del 29 maggio 1978.

[13] L' attuazione della direttiva 82/76, peraltro, è avvenuta solo a seguito della sentenza del 7 luglio 1987 emessa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella causa 49/86, Commissione / Italia, in cui la Corte comunitaria ha dichiarato che, non adottando nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 82/76, la Repubblica italiana era venuta meno agli obblighi che le incombono in forza del Trattato CE.

[14] Per completare il quadro normativo delineato è necessario evidenziare che le direttive "riconoscimento", "coordinamento" e 82/76 sono state abrogate e sostituite dalla direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/16, intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli.

disposizioni in esso contenute si sarebbero applicate a partire dall' anno accademico 1991/1992.

Tale ultima disposizione è stata interpretata dal legislatore in maniera restrittiva, nel senso di attribuire i benefici con essa introdotti, ed in particolar modo la borsa di studio, ai laureati iscritti ai corsi di specializzazione in epoca successiva al suddetto anno accademico, escludendo non solo chi aveva conseguito la specializzazione durante il decennio precedente, ma anche tutti coloro il cui periodo di formazione era in corso nel periodo "a cavallo" dell'adattamento alla normativa comunitaria. La disparità di trattamento tra le due categorie di medici ha dato inizio ad un contenzioso di ampie proporzioni sia davanti alla magistratura ordinaria che a quella amministrativa, volto al riconoscimento della prevista remunerazione in favore degli specializzandi immatricolati prima dell' anno accademico 1991/1992.

In particolare sulla questione si è anzitutto pronunciata la giustizia amministrativa la quale ha affermato che il giudice nazionale deve disapplicare il d.lgs 8 agosto 1991 n. 257, nella parte in cui limita l'applicazione della normativa comunitaria ai soli medici ammessi alle scuole di specializzazione nell'anno accademico 1991/1992, lasciando immutato il precedente regime per le specializzazioni già in corso[15], poiché una riserva di tale genere si pone in contrasto con le direttive Cee 16 giugno 1975 n. 75/363 e 26 gennaio 1982 n. 82/76[16].

Nonostante le menzionate decisioni, il legislatore italiano ha preferito percorrere una strada tutta "nazionale" e, nel tentativo di far fronte alla avversa giurisprudenza, ha emanato la legge 19 ottobre 1999, n. 370 con la quale ha disposto l'assegnazione delle borse di studio *de quibus* ai soli medici specializzatisi negli anni 1983 – 1991 destinatari delle sentenze passate in giudicato del Tar del Lazio, sez I-bis[17] .

L'applicazione ancora una volta distorta del diritto comunitario ha complicato la vicenda in questione, spostandone la conoscenza davanti al giudice ordinario sulla base della violazione, stavolta, del diritto soggettivo accordato ai destinatari delle direttive n.

---

[15] Così in T.a.r Lazio, sez. I, 16 aprile 1993, n. 601, in *Trib. Amm. Reg.*, 1993, I, p. 1951

[16] Così Consiglio di Stato, sez. IV, decisione 25 agosto 1997, n. 909, in *Cons. di Stato*, 1997, I, p. 1033. Nello stesso senso si esprime nuovamente il Consiglio di Stato, confermando il Tar Lazio, sez. 1, 25 febbraio 1994, e precisa che " il d. leg. 8 agosto 1991 n. 257, contenente norme di recepimento delle direttive comunitarie in tema di formazione dei medici specialisti, nella parte in cui ha previsto un limite ( l' applicazione della nuova disciplina ai soli corsi iniziati nell' anno accademico 1991/1992) si pone in contrasto con la normativa comunitaria, la quale non lascia per questo aspetto margini di discrezionalità". Cons. di Stato, sez. IV, decisione 2 agosto 1997, n. 927 in *Foro Italiano*, 1997, III, p. 569. Va precisato che le decisioni a cui ci si riferisce attengono a ricorsi inoltrati da medici "in atto frequentatori delle scuole di specializzazione" e per ciò ritenuti portatori di un interesse tutelato a fruire dei vantaggi previsti dalla normativa comunitaria.

[17] Le sentenze di cui trattasi sono le numero 601 del 1993, 279 del 1994, 280 del 1994, 281 del 1994, 282 del 1994, 283 del 1994, tutte del Tar Lazio, sez. I-bis.

75/363 e 82/76 derivante dalla mancata trasposizione nei termini della normativa comunitaria.

**3) L' intervento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.**

In tale contesto si inserisce la causa intentata da Cinzia Gozza ed altri 635 ricorrenti contro l'Università degli Studi di Padova[18]. I ricorrenti, tutti laureati in medicina e chirurgia, svolgevano corsi di formazione in differenti scuole di specializzazione dell'Università degli Studi di Padova durante l'anno accademico 1990/1991. Non beneficiando della borsa di studio introdotta dal decreto legislativo n. 257, gli istanti chiedevano il riconoscimento del loro diritto ad una adeguata remunerazione conformemente alle disposizioni delle direttive "riconoscimento"e "coordinamento" nonché della 82/76. Conseguentemente chiedevano la condanna dell'Università di Padova e degli altri convenuti, cioè a dire Ministeri dell'Università, della Ricerca Scientifica e Tecnologica, della Sanità e della Pubblica Istruzione, al pagamento delle somme dovute, il cui importo doveva essere quantificato in corso di causa. I convenuti, per contro, adducevano che le direttive in questione non erano in grado di produrre effetti diretti, poiché non indicavano il destinatario dell'obbligo al versamento dell'adeguata remunerazione e, soprattutto, non definivano i criteri atti a determinare tale remunerazione[19]. Eccepivano, altresì, che il d. lgs. 257 non creava alcuna disparità di trattamento tra i medici in via di specializzazione iscritti prima dell' a.a. 1991/92, quali erano i ricorrenti, e gli iscritti successivamente a quella data in quanto ai primi non era affatto richiesto l'impegno a tempo pieno né l'obbligo di non svolgere l'attività professionale.

Il Tribunale di Venezia, ritenendo necessaria l'interpretazione della direttiva 82/76 da parte della Corte Europea, sospendeva il procedimento per sottoporre all'organo comunitario due questioni pregiudiziali.

---

[18] La causa, peraltro, è successiva a quella intentata da Carbonari ed altri c. Università degli Studi di Bologna, Ministero dell' Università e della Ricerca Scientifica, Ministero del tesoro, Ministero della Sanità e sulla quale, per la prima volta, è intervenuta la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza del 25 febbraio 1999, causa C – 131/97, in *Raccolta della Giurisprudenza 1999 p. I – 01103*. Nel caso "Carbonari" la formazione dei medici specializzandi veniva svolta da quest'ultimi a tempo pieno; con la sentenza "Gozza", invece, la CGCE è intervenuta sulla medesima questione di diritto, ma i ricorrenti frequentavano corsi di specializzazione a tempo ridotto. Tale differenza non ha portato ad una interpretazione divergente da quella resa nel caso Carbonari che, anzi, è considerata pienamente applicabile anche nel caso di specie. V. anche *Foro it,, Rep. 1999,* n. 990, e, per esteso, *Guida al diritto, 1999,*fasc. 11, p. 117 e ss., con annotazione di SCIAUDONE, nonché *Il Diritto del lavoro, 2003, p. 236 e ss.,* con nota di M. STILE.

[19] Per una disamina più attenta dei fatti, vd. I punti 20 e ss. della Sentenza della CGCE, Quarta Sezione, del 3 ottobre 2000, causa C – 371/97, in *Raccolta della Giurisprudenza 2000*, *p. I – 07881,* nonché *Foro it., 2001,* IV, p. 69, con nota di BARONE.

Con il primo quesito il Giudice del rinvio chiedeva se in mancanza di trasposizione entro i termini previsti dalla direttiva 82/76 l'obbligo sancito dalla normativa comunitaria di remunerare in modo adeguato tanto la formazione specializzata svolta a tempo pieno, quanto quella svolta a tempo ridotto, fosse provvisto di efficacia diretta a favore dei medici in via di specializzazione così da configurare in capo a quest'ultimi un vero e proprio diritto perfetto a percepire un'adeguata remunerazione per l'attività svolta. Con il secondo quesito, strettamente connesso a quello appena enunciato, si chiedeva alla Corte di stabilire quali fossero i criteri della "adeguata remunerazione" nel caso in cui il suddetto diritto fosse stato riconosciuto[20].

Dopo aver risolto le questioni pregiudiziali[21], la Corte di Giustizia riteneva l'obbligo di retribuzione previsto dalla direttiva n. 75/363, così come modificata dalla n.82/76, incondizionato e sufficientemente preciso, confermando quanto già stabilito con la sentenza Carbonari e a.[22], aggiungendo che tale obbligo concerneva tanto la formazione a tempo pieno, quanto quella a tempo ridotto. Nel prosieguo della sua analisi, la Corte indicava il giudice del rinvio quale organo competente ad inquadrare i medici nelle rispettive categorie di formazione specializzata di cui agli artt. 5 o 7 della direttiva "riconoscimento" ed a verificare che la formazione svolta avesse rispettato effettivamente quanto previsto dalla direttiva "coordinamento". La Corte ribadiva, altresì, che i citati obblighi comunitari comunque non consentivano al giudice nazionale di individuare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata, né l'importo della stessa[23] e che il

---

[20] Si legge, infatti, al punto 23 della sentenza del 3 ottobre 2000: "(...) il Tribunale civile e penale di Venezia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
"1) Se la disposizione della direttiva CEE n. 82/76, nella parte in cui prevede che la formazione dei medici specialisti tanto a tempo pieno quanto a tempo ridotto "forma oggetto di una adeguata remunerazione", debba essere interpretata, anche nel periodo in cui è mancata l'emanazione di norme specifiche da parte dello Stato italiano, nel senso dell'efficacia diretta a favore dei medici specializzandi ossia nel senso di attribuire loro un diritto perfetto nei confronti delle competenti amministrazioni dello Stato a percepire un'adeguata remunerazione in corrispettivo delle attività svolte nell'ambito della formazione professionale. 2) Qualora il suddetto diritto sia riconosciuto sussistente, quali siano i criteri di determinazione dell'adeguata remunerazione, tanto in riferimento all'attività di formazione a tempo pieno quanto all'attività di formazione a tempo ridotto"

[21] Nelle loro osservazioni scritte sia il Governo Spagnolo che quello Italiano hanno sostenuto l'irricevibiltà delle questioni pregiudiziali. Secondo il Governo spagnolo tale irricevibilità sarebbe derivata da una descrizione incompleta dei fatti poiché il giudice del rinvio avrebbe omesso di specificare la natura esatta delle specializzazioni mediche seguite dai ricorrenti nella causa principale. Il Governo Italiano, dal canto suo, basava la sua eccezione su un assunto procedurale del tutto nazionale. La questione, infatti, era giunta alla CJCE dal Giudice istruttore del Tribunale civile e penale, ossia da un Giudice che, secondo le nostre norme di procedura, non avrebbe potuto statuire sul merito della causa. Entrambe le eccezioni sono state rigettate. Per una specifica analisi delle motivazioni addotte dalla Corte vd. i punti 24 e ss. della Sentenza della Corte sul caso "Gozza".

[22] La Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza resa sul caso Gozza non ha fatto altro che precisare quanto già affermato nella sentenza Carbonari e a. Infatti nel dispositivo sono richiamati diversi punti di quest'ultima pronuncia che diviene, dunque, lo schema portante della nuova decisone. In particolare sono richiamati i punti 27, 28, 44, 47, 49, 52 e 53. Vd. sentenza Gozza, *cit.*, punti 34 e ss.

[23] Si legge infatti al punto 45 della sentenza Gozza: "Alla luce di quanto sopra, occorre risolvere la prima questione nei seguenti termini: l'art. 2, n. 1, lett. C), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva

giudice nazionale chiamato ad applicare le disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive ad una direttiva è tenuto ad interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva stessa[24].

Il giudice comunitario forniva, infine, come rimedio alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione della direttiva in questione la cd. applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria prevedendo la possibilità di risarcire tutti coloro che avevano subito un danno.

Con il proprio intervento la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha finalmente indicato ai giudici italiani la strada da cui partire per poter decidere sulle domande di risarcimento dei danni derivanti dalla tardiva trasposizione della direttiva 82/76/CEE.

Il diritto ad una "adeguata remunerazione"per i medici in via di formazione si è imposto come un obbligo derivante direttamente dalla norma nazionale di trasposizione e, alla stregua di una interpretazione conforme al risultato perseguito dalla direttiva comunitaria, i diritti in oggetto spettano allora non solo ai medici specializzandi iscritti ai corsi di formazione a partire dall' anno 1991, ma anche a tutti coloro che avevano frequentato i suddetti corsi nel decennio precedente[25].

**4) Il diritto alla "adeguata remunerazione"alla luce della giurisprudenza italiana. La competenza**.

---

"coordinamento", come modificata dalla direttiva 82/76, e l'art. 3,n.2, nonché il punto 2 dell'allegato della direttiva "coordinamento", come modificata dalla direttiva 82/76, devono essere interpretati come segue:
- L'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione tanto a tempo pieno, quanto a tempo ridotto dei medici specialisti s'impone unicamente per le specializzazioni mediche comune a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate agli artt. 5 o 7 della direttiva "riconoscimento".
- Tale obbligo s'impone solo se le condizioni di formazione a tempo pieno di cui al punto 1 della direttiva "coordinamento", come modificata dalla direttiva 82/76, sono rispettate dai medici specialisti in formazione.
- Tale obbligo è incondizionato e sufficientemente preciso nella parte in cui richiede, affinché un medico specialista possa avvalersi del sistema di reciproco riconoscimento istituito dalla direttiva "riconoscimento", che la sua formazione si svolga a tempo pieno o a tempo ridotto e sia retribuita.
- Il detto obbligo tuttavia non consente di per sé al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata né di individuare l'importo della stessa.(...)"
46. Tenuto conto della prima questione, non ci si deve pronunciare sulla seconda questione relativa ai criteri di determinazione della remunerazione adeguata.

[24] La Corte di Giustizia ha così confermato la linea guida in tema di efficacia delle direttive, vd in tal senso, tra le altre, la Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite n. 240/98, 241/98, 242/98, 243/98 2 244/98, *Oceano Group Editorial SA,* in *Diritto del Lavoro, 2000, IV, p. 413.*

[25] In tal senso si esprimono, tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 165/04 reperibile sul sito internet www.dirittosanitario.net; Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 1994, n 735, Min. Sanità c. Licastro, in *Giur. it.,* 1995, III, 1,158; Tribunale di Catania, sentenza del 28 febbraio 2004, n. 734 reperibile sulla rivista giuridica on line www.Diritto&Diritti.it.

Una volta accertato l'illecito commesso dall'Italia e archiviato il problema della corretta applicazione del diritto comunitario, nonché della esatta portata della direttiva 82/76, si è aperto un nuovo "fronte" tutto nazionale.

Se l'esistenza del diritto ad una adeguata remunerazione ha trovato pieno riconoscimento sul piano formale, ciò non è accaduto anche su quello sostanziale, almeno non per tutti gli aventi diritto. Come precedentemente affermato, la Corte di Giustizia non ha considerato la direttiva 82/76 direttamente applicabile nella parte relativa alla remunerazione dovuta ai medici specializzandi. La norma, invero, non contiene una definizione della remunerazione da considerarsi adeguata o dei metodi di fissazione di quest'ultima e tantomeno identifica il debitore tenuto a corrisponderla, rinviando agli Stati membri la relativa disciplina. Dal punto di vista procedurale, ciò ha creato non pochi ostacoli a coloro che hanno intentato causa per tutelare le proprie posizioni.

La prima questione che i ricorrenti si sono trovati ad affrontare riguardava la corretta individuazione del soggetto legittimato passivo. Due sono state le strade percorse.

Parte dei medici, divenuti intanto specialisti, aveva citato in giudizio la Repubblica Italiana, o per essa i Ministeri della sanità, della ricerca scientifica e tecnologica e del tesoro, per sentirli condannare al risarcimento del danno da loro subito per la mancata attuazione nei termini della direttiva 82/76[26]. Tale scelta risulta essere stata la più consona e coerente non solo con un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità[27], ma anche con il diritto comunitario. I giudici italiani, alla luce della interpretazione resa dalla CGCE, hanno risolto facilmente le questioni al loro vaglio sottoposte, richiamando le ormai note norme comunitarie in tema di inattuazione o tardiva attuazione degli atti comunitaria dettate dalla sentenza *Francovich* ed applicando il cd. criterio sillogistico. Gli organi giudicanti si sono limitati a verificare la sussistenza nel caso concreto delle condizioni necessarie per il risarcimento dei danni causati dalle violazioni del diritto comunitario e, se presenti, a riconoscere agli aventi diritti il suddetto

[26] Vedi, tra le altre, la causa *Gronchi L. c. Repubblica Italiana,* sulla quale è intervenuta in ultima istanza la Corte Suprema di Cassazione, sez. III, con la sentenza del 16 maggio 2003, n. 7630, in *Il Foro It.,* I, 2003; nonché la sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2203 emessa dalla Corte di Cassazione, sez. unite. In quest'ultimo caso, ad essere chiamati in giudizio sono state l'Università degli studi di Palermo ed i Ministeri della sanità, della ricerca scientifica e tecnologica e del tesoro.

[27] La Suprema Corte, infatti, in più di un'occasione ha avuto modo di esprimersi nel senso di escludere l'attività dei medici in via di formazione dalle fattispecie del lavoro subordinato o della cd. subordinazione ex art. 409n.3 c.p.c, non essendo ravvisabile una relazione sinallagmatica di scambio tra la suddetta attività e gli emolumenti previsti a favore degli specializzandi. Vd. Cass. sent. 16 settembre 1995 n 9789, in *Foro it., Rep. 1995,* voce *Sanitario,* p. 19; 12 giugno 1997 n. 5300, *ibidem,* 1997, voce cit. , p. 318; Cass. civile, sez. I, Lav., sent. del 18 giugno 1998 n. 6089, *Scisa c. Università di Palermo*.

risarcimento. La direttiva 75/363, così come modificata dalla 82/76, soddisfa tutte le condizioni, dunque non è stato molto difficile risolvere la questione. Nelle motivazioni addotte a sostegno delle proprie sentenze gli organi giudicanti hanno evidenziato tale convincimento, riconoscendo ai medici specializzandi che hanno incardinato la causa nel suddetto schema il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti [28].

Altra parte degli esclusi dai benefici della norma comunitaria ha percorso una strada più impervia ed allo stato ancora molto incerta.

Tali soggetti avevano adito il giudice del lavoro ritenendo di inquadrare il rapporto intercorso con l'Università di appartenenza proprio nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato[29]. La giurisprudenza non si è occupata frequentemente di questa fattispecie ed ha risolto la questione con approcci ed esiti divergenti[30]. La mancanza di una giurisprudenza costante sul punto, tuttavia, non consente di ignorare tale orientamento che, seppur minoritario, ha evidenziato alcuni punti dolenti nella disciplina accordata dal legislatore italiano ai medici in via di specializzazione.

Il legislatore del 1991 aveva ritenuto che fosse assolutamente in linea con lo scopo della direttiva 82/76 introdurre la tanto sofferta "adeguata remunerazione" mediante la previsione di una borsa di studio in favore dei medici in via di specializzazione[31], presumendo che agli stessi le strutture universitarie ed ospedaliere

---

[28] Come già accertato nel celebre Caso Francovich la questione sulla responsabilità degli Stati va risolta ritenendo che " il diritto comunitario impone il principio secondo cui tutti gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili". Affinché sorga il diritto al risarcimento del danno in capo al singolo occorre che siano soddisfatte tre condizioni: 1)il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; 2) il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; 3) esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi. V., in tal senso, quanto affermato dalla CGCE nel suddetto Caso Francovich, nelle cause riunite C – 6/90 e C- 9/90 *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana* in *Raccolta*, 1991, p. 1 – 5357.

[29] Le stesse cause *Carbonari c. Università degli studi di Bologna.*, nonché *Gozza c. Università degli Studi di Padova*, *cit.*, sono state indirizzate al Giudice del lavoro. Per completezza della trattazione è opportuno precisare che la Cass. non ha considerato corretta la configurazione di un rapporto di lavoro tra gli enti citati ed i ricorrenti. Vd. Cass. 16 settembre 1995 n 9789, *cit.*

[30] La Cass. civ. con la sentenza n. 10064/2000 ha infatti negato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'azienda ospedaliera ed il medico, poiché l'attività del medico si è svolta al di fuori del potere direttivo, organizzativo e disciplinare dell'amministrazione ospedaliera. Per un approfondire quanto appena accennato, v. Cass. civ., sent. del 1 agosto 2000, n. 10064 con nota di CORTI, in *Giust. Civ.,* 12, 2001, p. 3045. Due altre pronunce, per contro, ne hanno riconosciuto l'esistenza, vd. App. Messina 15 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 751 che riguarda il caso di un medico che frequentava gli istituti chirurgici di una università. Il giudice ha riconosciuto che l'attività prestata *"è oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinata"*, ma ha ritenuto esperibile solo l'azione di indebito arricchimento. Vd, altresì, Cass. 29 maggio 1969 n. 1870, in *Foro it.,* 1969, I, p. 3162, che ha invitato il giudice del rinvio a verificare se *"le prestazioni"* eccedenti quelle proprie del medico frequentatore *"abbiano potuto dar luogo ad un rapporto di lavoro contrattuale tra il medico e l'ospedale".*

[31] Si legge infatti all'art. 6 del d.lgs. 8 agosto 1991 n. 257, *cit.,* che "1. Agli ammessi alle scuole di specializzazione (...) in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per la loro formazione, è corrisposta, per l'intera durata del corso(...) una borsa di studio determinata per l'anno 1991 in £ 21.500.000. tale importo viene annualmente , a partire dal 1° gennaio 1992, incrementato dal tasso di inflazione ed è rideterminato ogni

ospitanti richiedevano la mera presenza per fini essenzialmente formativi. Tale presunzione deve considerarsi tuttavia smentita da due ordini di motivi.

Il primo è di carattere tecnico e dunque imprescindibile. Se è vero che la direttiva comunitaria in questione non specificava la forma contrattuale che ciascuno Stato avrebbe dovuto adottare nei confronti dei propri medici specializzandi, né la forma della remunerazione e quindi anche la sua rilevanza ai fini fiscali, è altrettanto vero che usa il termine "retribuzione", richiamando inequivocabilmente il concetto di lavoro subordinato. La normativa italiana, invece, nel tentativo di interpretare la direttiva nella chiave di lettura più confacente alle proprie esigenze tralasciava completamente il significato da attribuirsi alla terminologia utilizzata ed arbitrariamente traduceva il concetto di retribuzione in borsa di studio, con ciò non tenendo conto dei principi e delle tecniche di interpretazione cui attenersi quando la norma che pone problemi di interpretazione è indirizzata a diversi soggetti, in questo caso a tutti gli Stati membri della Comunità.

Il maldestro tentativo italiano di esegesi era reso ancora più evidente dalla circostanza che, in realtà, sia il testo della norma da recepire, sia lo scopo di armonizzazione della direttiva comunitaria, nonché la giurisprudenza della CGCE[32], lasciavano ben poco spazio ai cd. mezzi complementari di interpretazione[33].

Il secondo ordine di motivi, invece, deve considerarsi il risultato della valutazione di diversi elementi. Il primo di questi attiene alla borsa di studio prevista in favore degli ammessi a corsi di formazione, precisamente alle modalità di erogazione di quest'ultima che andava corrisposta mensilmente, con cadenza regolare, dunque come corrispettivo delle prestazioni fornite dallo specializzando[34]. Proseguendo nell'analisi emerge che i medici in corso di specializzazione, di fatto, non si limitavano ad apprendere nozioni teoriche sulla loro professione, ma erano impiegati attivamente nella vita "di corsia". Le strutture universitarie ed ospedaliere potevano così contare su personale con una discreta preparazione professionale[35] e con alle spalle già una esperienza da tirocinante espressamente prevista nel loro corso di studi. Gli specializzandi, poi, risultavano inseriti a

---

triennio, con decreto del ministro della sanità, (...), in funzione del miglioramento stipendiale gabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente dal Servizio sanitario nazionale".

[32] In più punti della sentenza, infatti, è ripetuto il termine retribuzione. Vd. punti 40 e ss. della Sent. Gozza c. Università degli studi di Padova, Causa C – 371/97, *cit.*.

[33] Sui metodi di interpretazione vd. TREVES, *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 378 e ss.

[34] Questa valutazione contrasta con quanto affermato dalla Cass. civ, sez. lav., 18 giugno 1998, n. 6089, *cit.*. e Cass. civ., sez. I, 16 settembre,1995, n. 9789, *cit.,* secondo cui tra il corrispettivo e l'opera prestata dal medico manca il requisito della sinallagmaticità.

[35] Pur essendo ancora studenti, almeno ai fini del corso di formazione, sono tutti in possesso di un diploma universitario che gli conferisce la qualifica di "Medico chirurgo" abilitato dallo Stato alla professione sanitaria.

tutti gli effetti nell'organico dell' ente ospedaliero affidatario essendo tenuti alla cd. turnazione, alla reperibilità, nonché alle guardie notturne. La definizione stessa di "medico in formazione"è ambigua. Da un lato tale figura viene assimilata allo studente quanto al suo *status giuridico;* dall'altro prevede attività lavorative ed implicazioni tipiche della figura del professionista sanitario. Nei confronti del paziente, ad esempio, lo specializzando assume la stessa posizione di garanzia del suo tutore, a differenza del quale, però, non percepisce alcun indennizzo per la responsabilità e la garanzia assunte. Si parla, in tal caso, di colpa *in equipe* che sorge nel caso in cui il medico specializzando cagioni un danno all'assistito eseguendo un atto medico, anche sotto la vigilanza del suo formatore.

Il grado di professionalità richiesta ai medici in via di specializzazione viene ancorato ad un concetto di diligenza che non è solo quella media e generica "del buon padre di famiglia", ma quella che in concreto è richiedibile ad un tecnico esperto nel campo di intervento, non tenendo conto del livello reale di esperienza acquisito dal medico. Ciò implica che lo specializzando abbia un grado di consapevolezza tale da imporgli una valutazione globale delle direttive impartite dal suo tutore che lo porti ad astenersi dall'eseguire la pratica delegatagli se ritenuta rischiosa per la salute dell'assistito, elemento, tale ultimo, prevalente rispetto alle esigenze didattiche. Nel caso in cui i suddetti precetti siano disattesi, sorge la responsabilità di équipe con conseguente chiamata in causa del medico tutore per aver scelto una persona non sufficientemente esperta ed anche il primario, poiché da quest'ultimo dipende l'organizzazione dell'unita operativa, l'impiego di mezzi e persone, il coordinamento e la sorveglianza sull'attività dei collaboratori, nonché la pianificazione e le modalità di espletamento dei compiti assegnati agli specializzandi.[36].

La *ratio* della normativa comunitaria non sarebbe, dunque, solo quella di assicurare un sostentamento minimo agli studenti per la durata del corso, ma anche di evitare che gli enti di formazione speculino su forza lavoro senza sostenerne i costi dovuti.

Tutti questi elementi, che non assurgono al rango di "prove piene"nel senso processuale del termine, se analizzati nella giusta prospettiva, costituiscono tuttavia indizi rilevanti il requisito della subordinazione. Diversi autori, come del resto la giurisprudenza, utilizzano il criterio sillogistico per giungere alla corretta qualificazione di un rapporto di

[36] In tal senso si esprime molto chiaramente la giurisprudenza con le sentenze rese della Corte di Cass., IV sez. penale, n. 2453/99 e 32901/04.

lavoro. Ciò vuol dire che, partendo dall'assunto della eterodeterminazione[37], si cerca la contemporanea presenza nel caso di specie di tutti gli elementi caratterizzanti la fattispecie legale[38]. Tuttavia, nel caso in cui si vogliano evitare posizioni ancora lontane da un riconoscimento formale da parte della giurisprudenza di un vero e proprio rapporto di lavoro, è possibile collocare il legame che intercorre tra i medici specializzandi e le università di riferimento in fattispecie tipiche diverse, ma pur sempre inquadrabili in un rapporto non solo di formazione, ma anche di lavoro.

In tale ottica la figura che meglio sembra rispondere ad una qualifica di tale genere appare essere quella dell'apprendistato[39]. Tale tipologia di lavoro è caratterizzata da causa mista di lavoro e formazione e dall'esistenza di obblighi formativi a carico sia dell'apprendista, che del datore di lavoro. I suddetti obblighi non escludono il diritto al compenso né la presunzione dell'utilità delle prestazioni del lavoratore. Secondo l'impostazione descritta, la pretesa remunerazione stabilita dalla direttiva 82/76 sarebbe riferibile ad una prestazione di lavoro, appartenente ad una fattispecie legale mista, in cui l'aspetto della formazione dello specializzando resta l'elemento prevalente. Alla luce di quanto detto anche l'uso del termine "borsa di studio", introdotto dall' art. 6 d.lgs. 257/97, non costituirebbe più una inesatta attuazione della direttiva comunitaria, dal momento che l'interpretazione del termine stesso dovrebbe tenere nella giusta considerazione la normativa europea di cui è attuazione e la realtà nazionale cui si riferisce.

Tenendo conto di quanto appena affermato non risulta azzardata la possibilità di adire il giudice del lavoro[40]. L'esito di questa scelta, inoltre, è legato ad una corretta

---

[37] La dottrina maggioritaria condivide le valutazioni della giurisprudenza che individua nella "eterodeterminazione" il requisito caratterizzante la fattispecie del rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094c.c. Vd., tra gli altri, MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale) (voc*e), in *Enc. Dir*. XXIII, Milano, 1973, p. 138; NICOLINI, *Manuale di Diritto del lavoro*, Milano, 1996, p. 36; VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Torino, 1999.

[38] In tal senso si esprime la Cass. Civ., sez. lav., con la sentenza del 25 ottobre 2004, n. 20669, in *Dir. e giust*., 45, 2004, p. 118. In sede giudiziaria, la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario determinato, il versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, nonché il coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, sarebbero tutti elementi che, sebbene privi ciascuno di valore decisivo, potrebbero essere valutati globalmente come indizi probatori della subordinazione. Altro elemento da tenere in stretta considerazione attiene alla figura tipica del medico che fornisce una prestazione professionale tale da consentirgli una notevole autonomia di svolgimento. Questa caratteristica non farebbe venir meno la subordinazione. In tal senso vd. Cass. 9 giugno 1994, n. 5590, in *Arch. civ*., 1995, p. 1096; Cass. 14 ottobre 1985, n. 5024, in *Inf. Prev*., 1986, p. 381.

[39] Così PAGANUZZI nel commento alla sentenza resa dalla Cass. nel caso Gronchi c. Repubblica Italiana, *cit,* in *D & L – rivista critica di Diritto del lavoro,* p. 744. Ritiene invece di inquadrare il rapporto tra medico ed ente di appartenenza nella fattispecie del tirocinio, M. STILE,*op. cit*., p.247.

[40] E' tuttavia opportuno precisare che la mancanza di un orientamento costante sul punto e di una disciplina uniforme sono lacune che il Legislatore ha cercato di colmare con il d.lgs. del 17 agosto 1999, n. 368, intitolato *"Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli e delle direttive 97/50/CE, 98/21/CE, 98/63/CE e 99/46/CE che*

impostazione della causa da parte dell'istante nel senso che, in via principale, dovrebbe richiedere all'organo giudicante di dichiarare l'esistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata[41].

Una simile conclusione costringerebbe i giudici a scendere dal piano formale delle regole che disciplinano il riparto di competenza per compiere un'analisi sostanziale delle diverse fattispecie prospettate ed inquadrare una volta per tutte il rapporto che lega i medici specializzandi alle diverse strutture universitarie ospitanti.

### 5) *Segue*: la prescrizione del diritto alla borsa di studio.

---

*modificano la direttiva93/16/CEE"* in G.U. n. 44 del 23 febbraio 2000. Tale intervento ha cercato di frenare la *querèlle* in corso intervenendo alla fonte del problema, almeno formalmente, poiché di fatto al decreto ancora non è stata data attuazione. La disciplina richiamata dunque, ha regolato nel dettaglio la figura del medico in via di specializzazione qualificando il vincolo che lo lega all'ente universitario di riferimento come rapporto di formazione-lavoro, ma tutelando altresì le strutture universitarie. Si legge infatti nell'art. 38 del citato decreto che*:* "1. All'atto dell'iscrizione alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia, il medico stipula uno specifico contratto annuale di formazione-lavoro, disciplinato del presente decreto legislativo e dalla normativa per essi vigente, per quanto non previsto o comunque per quanto compatibile con le disposizioni di cui al presente decreto legislativo. Il contratto e' finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole scuole, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea. Il contratto non da' in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell' università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti.
2. Lo schema-tipo del contratto e' definito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'università' e della ricerca scientifica e tecnologica, di concerto con i Ministri della sanità, del tesoro e del lavoro e della previdenza sociale, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.
3. Il contratto e' stipulato con l' università ove ha sede la scuola di specializzazione, e con la regione nel cui territorio hanno sede le aziende sanitarie le cui strutture sono parte prevalente della reteformativa della scuola di specializzazione.
4. Il contratto e' annuale ed e' rinnovabile, di anno in anno, per un periodo di tempo complessivamente uguale a quello della durata del corso di specializzazione. Il rapporto instaurato ai sensi del comma 1 cessa comunque alla data di scadenza del corso legale di studi, salvo quanto previsto dal successivo comma 5 e dall'articolo 40.
5. Sono causa di risoluzione anticipata del contratto:
a) la rinuncia al corso di studi da parte del medico in formazione specialistica;
b) la violazione delle disposizioni in materia di incompatibilità;
c) le prolungate assenze ingiustificate ai programmi di formazione o il superamento del periodo di comporto in caso di malattia;
d) il mancato superamento delle prove stabilite per il corso di studi di ogni singola scuola di specializzazione.
6. In caso di anticipata risoluzione del contratto il medico ha comunque diritto a percepire la retribuzione maturata alla data della risoluzione stessa nonché a beneficiare del trattamento contributivo relativo al periodo lavorato.
7. Le eventuali controversie sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80."
Negli artt. 38 e ss., poi, vengono disciplinate le modalità di svolgimento della formazione e le caratteristiche del trattamento economico dovuto a ciascun medico specializzando che acceda ad una scuola di specializzazione.

[41] Così Cass. civ., sez. lav. con la sentenza del 25 ottobre 2004, n. 20669, in *Dir. e giust.*, 45, 2004, p. 118 in cui si legge che"l' apprezzamento in concreto circa la riconducibilità di determinate prestazioni ad un rapporto di lavoro subordinato o autonomo si risolve in un accertamento di fatto che, ove adeguatamente e correttamente motivato, è incensurabile in cassazione".

La vicenda giudiziale dei medici specializzandi, dopo aver aggirato lo scoglio della competenza, si è nuovamente arenata davanti a quello della prescrizione. Il problema, in realtà, si è posto per tutti quei medici che, pur avendo frequentato le diverse scuole di specializzazione nel periodo incriminato, avevano inoltrato il ricorso dopo un lasso temporale eccessivo rispetto al conseguimento della specializzazione incorrendo così nella prescrizione, sebbene la violazione degli obblighi comunitari da parte dello Stato italiano ed il conseguente diritto degli specializzandi ad ottenere la prevista borsa di studio siano stati affermati senza ombra di dubbio dalla giurisprudenza di merito intervenuta sul punto[42].

La questione della prescrizione si lega a due nodi fondamentali, l'individuazione del termine per il caso specifico e la successiva estinzione del diritto dei medici specializzandi per il decorso dello stesso. Ciò che ha creato maggiori difficoltà, tuttavia, non è tanto il termine prescrizionale in sé o l'avvenuta maturazione dello stesso, quanto la corretta individuazione del *dies a quo,* inteso come il momento esatto da cui far partire il suddetto termine che varia a seconda del tipo di azione proposta.

Nel caso di specie sono due le tipologie di domande proposte dai medici specializzandi:

una, di tipo contrattuale, collegava il diritto alla corresponsione della borsa di studio direttamente al diritto comunitario ed esigeva che lo Stato italiano si adeguasse al risultato perseguito dalla direttiva 82/76 CE, con la conseguenza che il termine di esercizio di tale azione si sarebbe prescritto in cinque anni decorrenti dalla data del conseguimento del diploma di specializzazione, trattandosi di somme da pagarsi "periodicamente ad anno"o con scadenza più breve secondo quanto disposto dall'art. 2948 c.c., n. 4[43]; l'altra azione, di natura extra contrattuale, mirava invece ad ottenere dallo Stato italiano il risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo con cui quest'ultimo ha attuato la direttiva in questione, in forza del principio della responsabilità dello Stato affermatosi con la giurisprudenza comunitaria a far data dalla oramai celebre sentenza *Francovich.* Anche questa azione soggiace ad un termine quinquennale che in questo caso, però, comincerebbe a decorrere dal 1991 anno in cui è stato emanato il D.lg.vo n.

[42] Così C.d. S., sez. IV, 25 agosto 1997, n. 909; C.d.S., sez. VI, 30 marzo 2004, n. 4945, Corte d Cassazione del 16 maggio 2003, n. 7630/03.

[43] In tal senso si sono espressi, tra gli altri, il Trib. di Roma con la sent. del 14 dicembre 2004,in *Foro it.,* 2004, I, p. 2512 e ss. C.d.S., sez. IV, sent. del 10 agosto 2000, n. 4442.

257 e, dunque, si era realizzato il danno per i medici iscritti ai diversi corsi di specializzazione senza la necessaria tutela[44].

Dall'analisi delle diverse sentenze emerge che l'esito dei ricorsi a "rischio", cioè quelli intentati al limite dei cinque anni, è stato determinato dalle scelte strategiche dei legali di parte. In alcuni casi, infatti, le Amministrazioni chiamate in giudizio, pur eccependo la prescrizione del diritto alla borsa di studio, non sono riuscite a circostanziare efficacemente la pretesa mancanza di atti interruttivi del termine prescrizionale[45].

In altri casi, invece, una difesa più articolata ha permesso alle Amministrazioni di resistere efficacemente imponendo ai giudici di dichiarare prescritto, sebbene esistente, il diritto degli specializzandi[46]. La non omogeneità delle sentenze rese è indicativa dei problemi sottesi al tema della responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi comunitari e di una propensione ancora persistente negli organi giudicanti a ragionare in termini non "comunitariamente orientati".

L'obbligo di risarcire coloro che hanno subito l'illecito compiuto dallo Stato italiano, infatti, trova la sua ragion d'essere direttamente nel diritto comunitario[47]; tuttavia, mancando al riguardo una disciplina uniforme di matrice europea, le modalità procedurali effettive per determinare l'*an* ed il *quantum* del risarcimento sono demandate all'autorità giudiziale dello Stato che si è reso inadempiente. Tale autonomia procedurale non deve essere intesa nel senso di applicare *sic et simpliciter* le regole del proprio

---

[44] Sul punto vd. anche G. VERRECCHIA, *Tardiva attuazione di una direttiva comunitaria e termine di prescrizione del diritto*, in *Il diritto del Lavoro*, 2002, I-II, Parte II, p. 52 ss. Il caso di specie si riferisce, però, alla ritardata attuazione della Direttiva 80/987 sull'insolvenza del datore di lavoro.

[45] Si legge infatti nel dispositivo della sentenza del C.d.S., sez. VI, 30 marzo 2004, n. 4945,disponibile sul sito internet www.dirittosanitario.net, che: "Quanto all'altra eccezione, secondo la quale, in difetto di atti interruttivi, il diritto a percepire somme sostitutive dell'adeguata remunerazione prevista dalle direttive CEE dovrebbe ritenersi soggetto alla prescrizione quinquiennale o quanto meno a quella decennale, il Collegio deve osservare che, a supporto di essa, L'Amministrazione non fornisce elementi precisi in ordine alla fattispecie in esame, in particolare, circa l' asserita inesistenza di atti interruttivi da parte dell' istante anteriormente alla proposizione dell'originario gravame e, quindi, non indica la esatta decorrenza del termine prescrizionale che nella fattispecie, genericamente, si assume non rispettato".

[46] In tal senso si è espresso il Tribunale di Genova, sez. II, con la sentenza del 5 maggio 2005. In questo caso il giudice ha affermato la natura extra-contrattuale dell'illecito italiano facendo così riferimento all'ordinario termine quinquennale di cui all'a rt. 2947, c.1, c.c. Secondo tale impostazione il suddetto termine decorre dal momento dell'entrata in vigore del D.lgs 257/1991. Nel caso di specie, dunque, la domanda proposta è stata rigettata per l'intervenuta prescrizione. La sentenza è disponibile sul sito internet http://www.aio.it/interna.asp?docID=687.

[47] Come affermato in precedenza (nota 25), infatti, la direttiva comunitaria 75/363 così come modificata dalla 82/76 soddisfa tutte e tre le condizioni richieste dalla giurisprudenza sul Caso Francovich per impegnare la responsabilità di uno Stato membro dell'Unione europea.

ordinamento giuridico[48]; il giudice designato, in particolare, deve operare la scelta dei mezzi necessari ad assicurare una tutela agli aventi diritto attenendosi ai principi di equivalenza giurisdizionale e di effettività[49], secondo cui gli obblighi comunitari andrebbero protetti come se fossero sanciti dalle leggi nazionali e, conseguentemente, le regole adottate non dovrebbero essere tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile la reale tutela accordata ai singoli in virtù dei predetti obblighi.

Il ragionamento seguito in fase giurisdizionale, tuttavia, è indice di una scarsa attenzione ai suddetti principi. Ciò che è sfuggito ai giudici è che le fattispecie delle responsabilità "comunitarie" non possono essere valutate alla stregua di due ordinamenti diversi, uno comunitario e l'altro nazionale e dunque spezzate, ma vanno analizzate secondo la logica della reciprocità. Gli Stati riconoscono la supremazia del diritto comunitario rispetto ai loro ordinamenti giuridici interni, per contro il diritto comunitario si affida ai sistemi giuridici nazionali per realizzare i propri scopi. Se questo legame o "nodo" si scioglie, l'intero sistema di garanzie poste a tutela dei singoli individui viene meno[50]. Conseguenza diretta di tale impostazione è che l'illecito cui ci trova di fronte nel caso dei medici specializzandi è un illecito cd. "interfacciale"[51], compiuto dallo Stato italiano, da cui deriva una ipotesi di responsabilità comunitaria e va valutato alla stregua di due ordinamenti connessi. Solo in tal modo è possibile attenersi ai principi di equivalenza ed effettività, poiché si offre ai giudici nazionali la possibilità di adeguare i propri strumenti procedurali ad una fattispecie giuridica complessa così da assicurare una effettiva tutela agli aventi diritto.

---

[48] Sul punto vd. SIMON, *La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire*, in *L'actualité juridique – Droit administratif, 20 juillet/20 août 1996*, p. 491 e ss. L'Autore afferma che l'obbligo di riparazione viene si stabilito in base alle oramai note tre condizioni necessarie e sufficienti per ingaggiare la responsabilità degli Stati, ma aggiunge che " les régles applicables à l'indemnisation, qu'il s'agisse de la désignation des juridictions compétentes ou des modalités procédural du recours en justice, relèvent ,en l'absence de réglementation communautaire, de ce qu'on est il convenu appeler l'autonomie procédurale des Etats membres qui disposent du choix des moyens, mais sont assujettis à une obligation de résultat définie comme la sauvegarde des droits issus du droit communautaire"

[49] SIMON, *op.cit*. Il primo dei due principi enunciati stabilisce che il regime della riparazione in caso di violazione del diritto comunitario non deve essere meno favorevole di quello applicabile a delle azioni analoghe fondate sulla violazione di norme di diritto interno; il secondo aggiunge che le modalità dell'azione non devono essere pianificate in modo da rendere *pratiquement impossible ou exagérément difficile l'obtention de la réparation.*

[50]Per un approfondimento v. SCODITTI, *"La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario"* disponibile sul sito internet www.unipr.it/arpa/dsgs/seminariopermanente6maggio/. Secondo l' Autore "La norma di un ordinamento integrato(…), è un nodo, non è né norma comunitaria né norma interna, è un interfaccia fra ordinamenti"

[51] Così lo definisce SCODITTI, *op. cit.,* p.13 ss. il quale aggiunge, inoltre, che l'illecito interfacciale non e: "né compiutamente comunitario né compiutamente nazionale, ma derivante piuttosto dal reciproco riconoscimento fra queste due fonti. I giudici nazionali non fanno applicazione puramente e semplicemente dell' art. 2043 c.c. La norma di cui essi fanno applicazione è in realtà la risultante di una interconnessione di fonte comunitaria e fonte nazionale, all' esito della quale l' art. 2043 non è più quello di prima, ma si è sensibilmente trasformato nel processo di compenetrazione con le regole comunitarie".

La scelta dei giudici di individuare l'8 agosto 1991 o l'anno di conseguimento della specializzazione quali momenti da cui far decorrere il termine di prescrizione non solo ha di fatto reso inattuabile la pretesa di molti medici volta a soddisfare i propri diritti in fase giurisdizionale, ma ha assolutamente omesso di considerare che è solo con le sentenze Carbonari e Gozza che si è finalmente sanata la patologia determinata dalla mancata attuazione nei termini della direttiva comunitaria 82/76. In tale ottica, inoltre, è appena il caso di precisare che il decreto del 1991 non ha dato piena attuazione alla direttiva 82/76 condizionando la fruizione della borsa di studio. La giurisprudenza comunitaria, intervenuta sul punto con la sentenza *Emmot*[52], ha affermato che fino al momento della trasposizione corretta di una direttiva, lo Stato membro resosi colpevole di un "illecito comunitario" non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria contro lo stesso proposta dai singoli aventi diritto, stabilendo, peraltro, che il termine per un ricorso alla stregua del diritto nazionale non può cominciare a decorrere che dal momento in cui vi sia la corretta trasposizione della direttiva comunitaria

Dunque solo l'intervento della Corte di Giustizia ha ristabilito la necessaria esigenza di certezza del diritto che l'arbitraria discrezionalità usata in questa vicenda dal Legislatore italiano aveva dissolto. E' quindi solo a partire dal 2000, anno della sentenza Gozza, che i medici specializzandi hanno avuto possibilità di conoscere effettivamente il proprio diritto alla borsa di studio e che la direttiva comunitaria è stata correttamente attuata. Sarebbe questo il momento utile cui ancorare il termine di prescrizione, con ciò assolvendo sia al principio di equivalenza che a quello di effettività nell'ottica della necessaria interconnessione tra i due ordinamenti coinvolti.

[52] Con la sentenza *Emmot*, infatti, la Corte di Giustizia della Comunità Europee ha affermato che: "…jusqu'au moment de la trasposition correcte de la directive, l'Etat mambre défaillant ne peut pas axciper de la tardivité d'une action judiciaire introduite à son encontre par un partculier en vue de la protection des droits que lui reconnaissent les dispositions de cette directive et qu'un délai de recours de droit national ne peut pas commencer à courir qu'à partir de cet moment". Così CJCE 25 juill. 1991, Emmot, aff. C-208/90, Rec. p. I-4269, point 23. Per un approfondimento sul tema vd., tra gli altri, G. PASCAL, Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etas membres? in Revue trimestrielle de droit euroéenne, 2002, v.38, n.1, janvier – mars, p.75-102.

# GIURISPRUDENZA – CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE

**Nota alla sentenza del TAR Campania n. 21242 del 5 dicembre 2008: Concessione demaniale marittima. Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house**

di Mariaconcetta D'Arienzo[1]

**TAR Campania, Sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21242 (Pres. Guerriero; Est. Liguori;** *Ric. Soc. Coop. Ischia Barche, Res. Comune di Ischia, Ischia Risorsa Mare s.r.l.***) – Concessione demaniale marittima. Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house.**

**5863/2005 – Concessione demaniale marittima – Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house. Requisiti – controllo analogo – insussistenza – affidamento senza gara – illegittimità.**

*Tutte le concessioni – e quindi anche quelle demaniali marittime – ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, con particolare riferimento a quelli di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità. Ne deriva che l'affidamento in concessione di beni demaniali suscettibili di sfruttamento economico deve essere sempre preceduto dall'instaurazione di un confronto concorrenziale, anche in assenza di una specifica prescrizione normativa che lo imponga, e ciò indipendentemente dalla circostanza che il relativo procedimento abbia avuto inizio per volontà dell'Amministrazione o su richiesta di un soggetto interessato*[2]*.*

*La circostanza che un Comune sia allo stato unico socio di una società a responsabilità limitata, dal Comune medesimo costituita per affidarle, secondo lo schema dello "in house providing", in via diretta ed esclusiva la gestione di tutti i servizi riguardanti la nautica da diporto (individuati quale "servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 112 D. Lgs. 267/2000) da prestarsi con riferimento all'utilizzo dei beni del*

[1] Ricercatore di Diritto Amministrativo; Facoltà di Giurisprudenza; Università degli Studi di Napoli "Parthenope"
[2] *In terminis*, cfr., TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, nn. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168; TAR Lazio, Latina, 8 settembre 2006, n. 610.

*demanio marittimo siti nel Comune in questione, non è di per sé sola condizione sufficiente a rendere legittimo l'affidamento in via diretta*[3].

*La possibilità di evitare una procedura concorrenziale deve invero essere esclusa in presenza di elementi tali da dimostrare la sussistenza di una "vocazione commerciale" della costituita società, nel caso attestata dal possibile trasferimento delle quote e quindi dalla liceità dell'ingresso di nuovi soci, ovvero anche dalle concrete modalità di svolgimento del servizio, quali le tariffe praticate e l'affidamento con formula contrattuale a diversa società privata, per tutti gli anni di operatività e con l'individuazione priva di trasparenza della concreta attività di gestione suscettibile di renderne precario il controllo da parte dell'ente pubblico di riferimento.*

**Brevi osservazioni sui limiti all'affidamento diretto dei servizi nautici da diporto.**

La sentenza in commento affronta le problematiche connesse alle modalità di affidamento dei servizi pubblici aventi rilevanza economica. In particolare, il TAR Campania, facendo applicazione dei principi sanciti dalla copiosa giurisprudenza comunitaria ed amministrativa formatasi sul punto, ha dichiarato l'illegittimità del diniego di concessione demaniale avanzata dalla Società Cooperativa Ischia Barche per violazione delle regole dell'evidenza pubblica e, quindi, della concorrenza, ritenendo che, nella specie, la scelta operata dal Comune di Ischia si era tradotta in una evidente restrizione dell'accesso mercato, e ciò in conseguenza del riconoscimento di diritti speciali ed esclusivi in favore della società Ischia Risorse Mare a r.l. La varietà e complessità delle questioni che vengono in rilievo, impongono preventivamente di ricostruire, sia pur sinteticamente, la vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale adito.

In data 1° ottobre 2001, la Società Cooperativa Ischia Barche rivolgeva al Comune di Ischia richiesta di rilascio di concessione demaniale avente ad oggetto l'ampliamento dello specchio acqueo antistante vico Marina (località "Mandra") di cui essa era già titolare. A distanza di ben quattro anni dalla richiesta, l'Amministrazione, che nel frattempo aveva disposto l'avvio di accertamenti per la verifica dello stato dei luoghi, ha rappresentato la necessità di acquisire l'autorizzazione presso la Circoscrizione doganale di Napoli, e comunque ha rigettato l'istanza, all'uopo richiamando la delibera di G.C. n°129 del 26.05.2004 (integrata dalla successiva deliberazione n. 15 del 9.7.2004) con la quale si era proceduto alla costituzione della Società Ischia Risorsa Mare a r.l.,

[3] Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, *cit.*

interamente partecipata dal Comune e avente ad oggetto l'attività di gestione di tutti i porti turistici e commerciali insistenti sul territorio comunale, nonché degli approdi e specchi d'acqua per l'ormeggio dei natanti, navi e imbarcazioni da diporto. In sostanza, l'amministrazione comunale ha dato conto di aver già manifestato la volontà di gestire direttamente, per il tramite della neo-costituita società, le stesse attività economiche di supporto della nautica da diporto e connesse allo sfruttamento dei porti per cui la Società Cooperativa Ischia Barche aveva presentato la richiesta di concessione demaniale. In virtù di detta determinazione, gli organi di indirizzo politico – amministrativo del Comune hanno vietato a quelli di gestione di rilasciare nuove concessioni demaniali a soggetti diversi dalla stessa amministrazione comunale o dalla Ischia Risorsa Mare s.r.l., all'uopo richiamando l'art. 113 T.U.E.L. che contempla espressamente l'ipotesi della gestione diretta del servizio da parte dell'Ente locale.

Avverso il diniego è insorta la ricorrente assumendo l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione comunale per violazione delle regole che avrebbero imposto un confronto concorrenziale tra la ricorrente e la società controinteressata ai fini dell'attribuzione dell'attività di gestione, lamentando, altresì, la mancata partecipazione alla relativa contrattazione da parte delle imprese interessate.

Il TAR Campania, sostanzialmente allineandosi all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di concessioni di aree demaniali marittime e nel solco dei principi sanciti e più volte ribaditi dalla Corte di Giustizia CE, ha accolto il ricorso, sottolineando che l'affidamento in concessione di beni demaniali suscettibili di sfruttamento economico deve avvenire nel rispetto della regola generale dell'evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e degli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza e, più in generale delle regole stabilite dal Trattato applicabili alle concessioni di servizio pubblico.

Solo apparentemente, tuttavia, la decisione si limita ad affrontare tematiche già illustrate anche dalla dottrina più autorevole, poiché in aggiunta a queste si sofferma su alcuni aspetti di merito che suscitano particolare interesse e meritano ulteriore approfondimento in questa sede.

In primo luogo, seguendo l'ordine delle questioni affrontate dal TAR Campania, è opportuno chiarire il presupposto della soluzione adottata dai giudici partenopei.

Fin dalle origini, la tematica dei servizi pubblici locali è stata caratterizzata dalla coesistenza di interessi contrapposti, quali "esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell'iniziativa privata, istanze sociali ed economicità della gestione"[4].

L'art. 112 del D. Lgs. vo 267/2000 - utilizzando una formula che sostanzialmente riproduce il contenuto dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 - stabilisce che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"[5].

Così facendo, la categoria di servizio pubblico locale si arricchisce al punto di ricomprendervi tutte le attività tese a realizzare fini sociali o a promuovere lo sviluppo civile (precedentemente escluse in quanto sprovviste del carattere imprenditoriale) in settori organici di intervento che la legge individua solo per grandi linee, lasciando agli enti locali la possibilità di individuare, nell'ambito delle proprie competenze, i servizi da assumere per la cura e lo sviluppo della comunità locale.

Il legislatore ha volutamente utilizzato una formula ampia ed onnicomprensiva in considerazione del fatto che gli enti locali, ed in particolare il comune, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria, che si sostanzia nella facoltà di determinare da sé i propri scopi e, per quanto qui più importa, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purchè genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento, assumere come doverose in base a scelte di carattere eminentemente politico.

Nella specie, come osservato dal TAR Campania, l'attività in questione - caratterizzata dalla prestazione di servizi a supporto della nautica da diporto – è stata assunta tra i servizi pubblici locali del Comune di Ischia che ha ritenuto di affidarne la gestione, nell'ambito della fascia costiera di pertinenza comunale, secondo lo schema dell'in house providing, in via esclusiva e diretta, alla neocostituita società Ischia Risorsa Mare a r.l. interamente partecipata dal Comune medesimo.

---

[4] Così, in dottrina, L. CESARINI, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussisiarietà e regime di concorrenza"*, sul sito www.diritto.it.

[5] Per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale. Cfr., in termini generali, *ex multis*, Cons St., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325 e Cons. St., sez. VI, n. 1514/2001; TAR Lombardia – Milano, sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633).

Tale scelta, evidentemente finalizzata al soddisfacimento di obiettive esigenze della collettività (che, si presume, fossero state a lungo penalizzate da una gestione frammentaria del servizio), si giustifica inoltre per l'esigenza di ottenere una forte riqualificazione dell'ambito interessato, oltre che un rilancio sostenibile dell'economia locale, in una prospettiva di valorizzazione e sviluppo compatibile del bene demaniale unitamente ad una migliore fruibilità dello stesso, anche attraverso l'ammodernamento ed il potenziamento delle strutture esistenti nel rispetto ed a salvaguardia delle peculiarità ambientali dell'area interessata.

L'assunzione del servizio in questione evidenzia, inoltre, l'importanza che, specificamente per il Comune di Ischia, nel tempo ha assunto lo sfruttamento dei beni demaniali in ragione della rilevanza acquisita dall'esercizio delle attività connesse alla gestione dei servizi della nautica da diporto. Infatti, a fianco alle tradizionali attività turistico-ricreative (la gestione dei servizi balneari, gli esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio, il noleggio di imbarcazioni e natanti in genere, la gestione di strutture recettive e di attività ricreative e sportive, esercizi commerciali, servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo), si sono affermate anche quelle legate al turismo nautico divenute oramai una delle componenti fondamentali dell'intero comparto turistico costiero[6]. In particolare, per quanto qui importa, l'espletamento del servizio *de quo* postula la possibilità di utilizzare sia gli specchi acquei già dotati di strutture destinate all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio di imbarcazioni e natanti da diporto, sia gli spazi in cui è possibile realizzare ex novo strutture analoghe a servizio della nautica.

Quindi, l'attività di gestione dei porti turistici e commerciali nonché degli approdi e specchi d'acqua per l'ormeggio di natanti, navi ed imbarcazioni da diporto, involge necessariamente l'utilizzazione di un bene demaniale che risulta strumentale per lo svolgimento del servizio, e cioè, per utilizzare un'espressione del TAR Campania, costituisce "un presupposto necessario e prodromico per la gestione" che però, nella specie è stato riservato dal Comune in via esclusiva alla Ischia Risorsa Mare s.r.l. in base alla richiamata deliberazione di G.C. n. 59 del 23.2.2006.

Appare così chiaro che le attività connesse alla nautica da diporto ben possono rientrare nel novero delle "attività di interesse generale" in relazione alle quali a ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, va riconosciuta la potestà di valutare

[6] Cfr., in dottrina, M. GRIGOLI, *Valutazioni sistematiche su alcuni profili dell'attuale assetto del diporto e del turismo nautico*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, 261 ss.

quali siano le modalità di gestione più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti.

E' evidente, quindi, che anche tale settore non può non essere stato interessato dal processo di riforma dei servizi pubblici locali avendo, al pari del trasporto pubblico locale, del servizio di fornitura elettrica e del gas naturale, del servizio idrico integrato e di quello dei rifiuti, assunto col tempo notevole rilevanza ed impatto economico: e in questi ultimi settori si è assistito al progressivo abbandono della gestione in forma diretta da parte degli enti locali e la neocostituzione di società di capitali interamente partecipate dal comune e assoggettate al controllo dell'amministrazione comunale, secondo il modello di gestione cd. in house, la nascita di società miste a capitale pubblico-privato, la trasformazione delle Aziende speciali in società di capitali, sotto forma di S.p.A. o s.r.l., oltre che al trasferimento di ulteriori attività/servizi alle preesistenti Aziende speciali.

Come è noto, l'art. 113 del TUEL assolve una finalità specifica che è appunto quella di consentire l'autoproduzione in presenza di un unico centro decisionale in alternativa al cd. *contracting out* che postula la stipulazione di un contratto avente ad oggetto l'espletamento del servizio e delle attività ad esso connesse, lo sfruttamento di un bene o la realizzazione di un'opera. Recentemente la giurisprudenza ha, in proposito, chiarito che è "compatibile con l'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (come nel caso di specie) ad una società con capitale interamente pubblico", per la considerazione che non è "vietato all'amministrazione sottrarre al mercato attività in relazione alle quali la medesima ritenga di dover provvedere direttamente con la propria organizzazione. La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica voglia, invece, ricorrere all'autoproduzione". Pertanto, "deve, quindi, ritenersi che la scelta di optare tra outsourcing e in house providing non sia sindacabile alla stregua del diritto comunitario. In presenza (dei requisiti che legittimano il ricorso all'in house providing) non è richiesto l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica". La stessa sentenza ha peraltro precisato che: "L'art. 113 del D. Lgs. n. 267/2000 non contrasta con l'art. 118, ultimo comma, Cost. che ha introdotto nell'ordinamento il principio di sussidiarietà orizzontale. La suddetta disposizione costituzionale prevede la necessità che i soggetti pubblici ivi contemplati, favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati, senza, peraltro, contenere ulteriori indicazioni

ermeneutiche che consentano di ritenere sottratto ai primi il potere di intervento nell'area delle "attività di interesse generale". A ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma costituzionale fa riferimento. Del resto, il principio di sussidiarietà orizzontale non può essere letto ed applicato che in coerenza con l'ordinamento giuridico-costituzionale inteso nella sua complessità: in particolare, esso non può essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, ed in particolare dal principio di "buon andamento" previsto dall'art. 97 cost."[7].

E' opportuno chiarire, a questo punto, se il modulo dell'in house providing sia un'eccezione alla regola generale dell'outsourcing, oppure una regola parallela che consente all'amministrazione di decidere discrezionalmente quale strumento gestionale adoperare.

L' incertezza regnante in materia, dovuta soprattutto all'assenza di una normativa di riferimento completa e coerente, ha determinato il sorgere di ingiustificate posizioni di vantaggio di alcuni operatori a danno dei concorrenti e del pluralismo dell'offerta[8] cui il legislatore ha inteso porre rimedio con il D.L n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008) recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" il cui art. 23 bis, comma 1 espressamente stabilisce "le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili" e al comma 2 precisa che "il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità)" salvo che "per situazioni che, a causa di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento (che) non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire (...) "in favore di società a capitale interamente

[7] T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407.
[8] Cfr., Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui alla nota del Presidente 29 luglio 2008, n. 38332.

pubblico, partecipate dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* (comma 3).

Specificamente in tale ultima ipotesi, "l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione".

La precipua finalità della disposizione in esame è, dunque, quella di introdurre una disciplina omogenea in tema di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica che si imponga sulle discipline speciali al fine di "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati (...) nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, (...) assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (comma 1)

Ne consegue che, al di là dell'individuazione dei settori in cui si imponga l'eliminazione dei monopoli pubblici, e quindi la creazione di forme di apertura al mercato, la regola è quella secondo la quale l'amministrazione è libera nella scelta tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione delle risorse necessarie per il suo funzionamento, ove prevalgano, sul piano organizzativo, ragioni di convenienza economica, e cioè con l'unico limite rappresentato dalla necessità di motivare in ordine alle ragioni per cui l'intraprendere l'una o l'altra strada sia più efficiente[9].

Ne consegue che, eccettuata l' ipotesi di cui al comma 3 che certamente non ricorre nella fattispecie sottoposta all'attenzione del TAR Campania, l'individuazione dei soggetti interessati deve avvenire mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, adeguata pubblicità, non

[9]Cfr., in proposito Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2994 secondo cui "l'attuazione dei principi comunitari (…) impone che la soluzione della sottrazione al mercato di un affidamento pubblico si atteggi a soluzione residuale alla quale ricorrere solo in caso di impossibilità di trovare soluzione alternativa efficiente; In terminis, cfr., TAR Lazio - Roma 16 ottobre 2007, n. 9988 ha precisato che ai fini dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000 (come sostituito dal D.L. n. 269/2003), viene ad assumere un ruolo di primaria e imprescindibile rilevanza, indipendentemente dalla giuridica qualificazione della stessa struttura sociale (se, o meno, annoverabile tra i soggetti di diritto privato), quello del perseguimento di interessi interamente rivolti alla migliore efficienza del servizio di pubblica utenza)

discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, sulla base di procedure non predeterminate e formalizzate e previa fissazione di criteri adeguati da rendere conoscibili, con mezzi idonei, a tutti gli interessati.

Ciò è quanto si desume chiaramente dall'art. 30, comma 3 Decr. Leg.vo 163/2006, rubricato "Concessione di servizi", che espressamente estende l'applicabilità dei suddetti principi anche agli "appalti sottosoglia ed ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti".

"L'in house, che era visto come un modello organizzativo nella gestione dei servizi pubblici locali, viene ora considerato un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara"[10] al punto che, il generico e stereotipo riferimento all'art. 113 D. Lgs. 267/2000 e ss. mm. ii. e ad una normativa che appare del tutto superata oltre che in contrasto con principi ormai consolidati in ambito comunitario e a livello nazionale, non è idoneo di per sé ad escludere che la scelta del contraente avvenga secondo tale modalità e nel rispetto del principio della concorrenza.

In più di un'occasione l'Autorità antitrust ha sottolineato la necessità di evitare che uno strumento operativo, quale l'affidamento in house, originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti, venga utilizzato in modo distorto al fine di eludere il necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara. Diversamente, infatti, se gli enti locali potessero far ricorso in qualsiasi situazione all'affidamento diretto, al punto da considerare tale peculiare strumento operativo una modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, lo strumento competitivo della gara sarebbe relegato a poche ed eccezionali situazioni. Al contrario, i casi in cui è consentito evitare il ricorso alla gara sono da interpretarsi in senso restrittivo anche in ragione della

---

[10] Così, in dottrina, C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?* in *Urb. e app.*, 12, 2008, 1417. S. POZZOLI, *Una prima lettura delle novità nel settore dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 23 bis del Dl. 112/2008*, sul sito www.astrid-online.it . Sull'evoluzione delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, cfr., G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it; A. TRAVI, *Note introduttive*, in A. TRAVI, (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 8; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; G. NAPOLITANO, *Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 7, 804. A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali. Modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24/11/2003, n. 326 e alla l. 24/12/2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it

situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima[11].

Né a diversa conclusione può condurre la normativa interna, poiché a tutto concedere, il codice della navigazione (in particolare, ci si riferisce agli artt. 36 e 37 c. nav.) non è stato mai considerato un corpo normativo chiuso, bensì integrabile in via analogica sia con le norme del diritto civile (art. 1 disp. prel. c. nav.), sia con le norme del Trattato istitutivo della CE (principio di libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità, divieto di intese che abbiano l'effetto di restringere e/o impedire la concorrenza, ecc.), sia con i regolamenti comunitari in materia (cfr., tra gli altri, Reg. 6 febbraio 1962, n. 17; 21 dicembre 1989, n. 4064; n. 3577/1992), sia con le leggi nazionali successive al codice della navigazione, emanate anche in attuazione degli obblighi comunitari (si pensi, alla legge istitutiva dell'AGCM, legge n. 287/1990).

In sostanza, contrariamente a quanto il Comune resistente ha inteso sostenere, non è dato operare un distinguo tra il regime concessorio cui sono soggetti i beni demaniali e la regolamentazione del servizio cui detti beni ineriscono.

Ciò è quanto si evince dalle pronunce richiamate dal TAR Campania[12] le quali, sulla base della qualificazione consensuale del rapporto concessorio intercorrente tra le parti, hanno tratto la conclusione che le concessioni demaniali marittime rilasciate per finalità imprenditoriali soggiacciono ad una disciplina particolare che è frutto della combinazione della normativa nazionale di settore con i principi sanciti a livello

---

[11] Cfr., *ex multis*, Segnalazione AGCM AS 375 del 14 dicembre 2006; AS 457 del 24 luglio 2008 e AS468 del 4 agosto 2008. Nello stesso senso, cfr. in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. II, parere18 aprile 2007, n. 456, ha chiarito che l'*in house providing* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento. Sui limiti all'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, cfr., in dottrina, F. ELEFANTE, *Gli affidamenti "in house" nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 265 ss.; R. FANIZZI, *Il Consigli di Stato accoglie una interpretazione restrittiva dei requisiti dell' "in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.* 2008, 4, 1057 ss.; *B.* GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove* (nota a Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, n. 548, sez. I), in *Foro amm. CDS*, 2006, 1, 44 ss.; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 929.

[12] Cfr., *ex multis*, TAR Liguria – Genova, sez. I, 23 ottobre 2001, n. 5584; TAR Lazio - Latina, 8 settembre 2006, n. 610; TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

comunitario, precisando che l'obbligo di indire una procedura competitiva ispirata ai summenzionati principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento sussiste sia nell'ipotesi in cui il relativo procedimento abbia inizio per volontà dell'amministrazione, sia nel caso in cui venga avviato a seguito di una specifica richiesta proveniente anche da uno solo dei soggetti interessati all'utilizzo del bene.

Giova, in proposito, ricordare che la ratio sottesa alla liberalizzazione della prestazione dei servizi è essenzialmente quella di favorire l'accesso al libero mercato delle utilities, evidentemente in contrasto con la scelta discrezionale dell'amministrazione comunale di ridurre l'accesso al mercato solo ad alcuni operatori, ovvero di affidare in concessione il servizio ad un soggetto il quale dovrebbe essere solo formalmente terzo rispetto ad essa (come nel caso in esame, in cui la gestione del servizio è stata affidata alla neocostituita società di capitali a totale partecipazione comunale); il che determina gravi distorsioni della concorrenza e si traduce, altresì, nel riconoscimento ai concessionari di diritti speciali ponendoli in una posizione privilegiata rispetto ad altri operatori.

Alla stregua di tali considerazioni, l'affermazione secondo cui "con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato", deve essere intesa nel senso che il rilascio delle concessioni demaniali marittime - finalizzato allo sfruttamento economico di un bene necessario allo svolgimento di un servizio ad uso della generalità – postula talvolta che il bene concesso viene destinato direttamente ed immediatamente all'esercizio del servizio pubblico; talaltra, come in questo caso, che occorre l'adattamento o la realizzazione ex novo di strutture o opere funzionali all'espletamento delle attività connesse al servizio della nautica da diporto (le quali saranno finanziate in tutto o in parte dal concessionario e, indirettamente, dagli utenti), nonchè lo sfruttamento delle reti preesistenti di proprietà dell'ente concedente.

Tale considerazione (*rectius:* interpretazione) appare perfettamente coerente con la rinnovata "vocazione funzionale del demanio marittimo" innanzi evidenziata legata allo straordinario incremento della nautica da diporto che fin dai primi anni '70 è stata oggetto di numerosi interventi legislativi che ne hanno arricchito notevolmente la disciplina fino ad allora astretta negli angusti limiti ad essa riservati dal codice della navigazione perchè considerato un "fenomeno" di scarsa rilevanza.

L'assoggettamento della procedura di rilascio delle concessioni demaniali agli stessi principi sanciti dall'ordinamento comunitario per i contratti pubblici pone

inevitabilmente un problema di coordinamento con le disposizioni contenute nel codice della navigazione, anche alla luce sia dei precedenti del TAR Liguria e del TAR Lazio – Latina richiamati dalla pronuncia in commento (che avevano riconosciuto l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni demaniali) sia della sentenza del Consiglio di Stato n. 168/2005 che ha dichiarato applicabili alla materia i principi di origine comunitaria di tutela della concorrenza[13].

Come è noto, l'iter per il rilascio delle concessioni demaniali marittime è disciplinato, in via generale, dall'art. 36 c. nav. e, in particolare dal D.P.R. n. 509/1997 per quelle destinate alla realizzazione delle strutture per la nautica da diporto che, all'art. 3 testualmente recita: " chiunque intenda occupare zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime o apportarvi innovazioni allo scopo di realizzare le strutture dedicate alla nautica da diporto di cui all'art. 2, lettere a) e b), deve presentare domanda al capo del compartimento marittimo competente per territorio, dandone comunicazione al comune".

Il rilascio del provvedimento presuppone l'esito positivo di una indagine complessa avente ad oggetto la verifica della compatibilità tra la destinazione pubblicistica del bene e la sua utilizzazione individuale, nonché dell'idoneità dell'atto concessorio ad incrementare le potenzialità di utilizzazione del bene, mediante un giudizio ponderato che segue ad una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti.

In caso di pluralità di domande è preferito "il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e che si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse" (art. 37 c. nav).

Il rilascio della concessione, dunque, non segue automaticamente all'istanza del richiedente, bensì deriva da un apprezzamento discrezionale circa l'interesse sotteso che potrebbe eventualmente legittimare l'affidamento del servizio all'unico richiedente e, in caso di pluralità di domande, da un giudizio comparativo preceduto da un confronto concorrenziale.

Ciò si desume chiaramente dal comb. disp. delle citate disposizioni, nonché dall'18 del regolamento esecutivo del cod. nav. che disciplina le modalità di pubblicazione

[13] Sul punto, cfr., in dottrina, S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Il diritto marittimo*, 2007, 4, 1063 ss.; S. BOTTACCHI, *Le concessioni demaniali marittime "per licenza": legittimazione all'impugnazione e applicabilità dei principi comunitari*, ivi, 2008, 2, 602 ss.

della domanda mediante affissione solo ed esclusivamente delle concessioni giudicate dall'amministrazione comunale "di particolare importanza per l'entità o per lo scopo".

Anche in questo caso, dunque, il legislatore rimette comunque all'apprezzamento discrezionale della P.A. la valutazione della rilevanza della richiesta di concessione sul bene demaniale in relazione all'importanza assunta dall'espletamento delle attività connesse al servizio da gestire[14]. In realtà, la finalità dichiarata dalla disposizione in esame va individuata in quella di "coinvolgere direttamente nella decisione gli interessi di natura privatistica" (facenti capo al richiedente ma anche a controinteressati, titolari di interessi oppositivi, pubblici e privati o anche portatori di interessi diffusi, tutti legittimati ad intervenire nel procedimento rappresentando le ragioni che ostano all'accoglimento della domanda mediante il deposito di reclami, osservazioni ed opposizioni) e di "suscitare l'iniziativa di altri imprenditori potenzialmente interessati ad ottenere la concessione, stimolandoli a proporre domande concorrenziali"[15].

L'assenza di un effettivo confronto concorrenziale nell'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi suscettibili di sfruttamento economico è sicuramente riconducibile al"la vaghezza della formula" atteso che "il duplice apprezzamento in ordine alla comparazione degli interessi dei richiedenti e alla consistenza della concessione (in relazione ai beni che ne costituiscono l'oggetto)" sembra avallare un giudizio fin troppo discrezionale dell'amministrazione"[16].

Di ciò è ben consapevole la giurisprudenza la quale ha, in proposito, affermato che "anche nel caso in cui non vi sia una espressa prescrizione normativa e tale principio va a rafforzare ogni disciplina di settore che già prevedeva, come accade nel caso dell'art. 37 cod. nav., il ricorso alla procedura di evidenza pubblica, impone l'adozione di misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale quali, ad esempio, forme idonee di pubblicità o di comunicazione rivolte ai soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una

---

[14] A titolo meramente esemplificativo, cfr., TAR Sardegna, 28 febbraio 2002, n. 227 che ha ritenuto sussistente l'obbligo di pubblicazione della domanda della società Porto Torres di gestione, utilizzo e mantenimento di "importantissime attrezzature portuali".

[15] Cfr., TAR Friuli Venezia Giulia, 17 ottobre 1994, n. 355 ha affermato che "la domanda, in caso di concessioni di particolare importanza, va pubblicata nelle forme di legge, onde consentire la presentazione di eventuali osservazioni, in ossequio al generale principio della necessaria corrispondenza fra chi inizia il procedimento concessorio e il destinatario dell'atto conclusivo".

[16] Così, in dottrina, M. SINISI, *La concessione di aree portuali tra obblighi procedimentali e spazi discrezionali*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3, 649 ss.; E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 7-8, 2388.

procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento"[17].

Tali esigenze non appaiono per nulla soddisfatte dalle citate disposizioni che appaiono *ictu oculi* "assai vetuste (e) non garantiscono (per intrinseca natura) la benchè minima possibilità di aderire all'attuale contesto ordinamentale se non a prezzo di vistose incongruenze"[18]. Specificamente in tema di concessione di servizi, la succitata amplissima discrezionalità dell'Amministrazione investe lo stesso momento della scelta delle ditte da invitare alla gara, incontra il limite rappresentato dalla sussistenza dell'obbligo di indizione e di coinvolgimento di un numero di concorrenti proporzionato alla natura dei servizi da affidare in concessione ed alle caratteristiche del mercato di riferimento quando esse siano tali da suggerire un allargamento del confronto concorrenziale".

Così opinando, la giurisprudenza sembra ormai pacificamente orientata nel senso di ritenere che "la decisione inerente la pubblicazione della domanda di concessioni demaniali marittime di particolare importanza, prevista dall'art. 18 del regolamento del Codice della Navigazione Marittima (d.P.R. 15 febbraio 1952 n. 328, come modificato dal d.P.R. 18 aprile 1973 n. 1085), non può ritenersi demandata alla pura discrezionalità dell'amministrazione, dovendosi apprezzare l'importanza secondo criteri obiettivi, da esternarsi compiutamente onde consentire il sindacato del g.a. in ordine al corretto esercizio del potere amministrativo"[19].

---

[17] Così,TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326; *In terminis*, cfr., TAR Liguria, sez. I, 20 marzo, 2007, n. 546; TAR Liguria, sez. I, 26 aprile 2006, n. 406; TAR Lazio Latina, 8 settembre 2006, n. 610, *cit.* e, recentemente, TAR Lazio – Latina, 9 gennaio 2009, n. 12.

[18]Così, A. DEL DOTTO, *Aree demaniali marittime: procedure di concessione seguono l'evidenza pubblica*, (nota a TAR Campania – Napoli, 31 ottobre 2007, n. 10326, *cit.*) in www.altalex.com, il quale in linea con quanto affermato dal TAR Campania nella sentenza in commento, ha evidenziato che "la pubblicazione delle domande concessorie agli albi pretori o delle Capitanerie si palesa assolutamente insufficiente per garantire un livello di pubblicità adeguato, soprattutto ove il valore che per il mercato ha quel determinato bene è un valore economico assai elevato nonché un valore funzionale altissimo - dettato, ad esempio, dal fatto che l'essere concessionari di quel bene diventa essenziale e indispensabile per accedere all'esercizio di quella determinata attività di impresa e per garantire, pertanto, lo sviluppo di una concorrenza autentica".

[19]Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421 e Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2008, n. 3326 hanno entrambe interpretato la pubblicità prevista dall'art. 18 reg. cit. quale condizione di legittimità della procedura di rilascio della concessione; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 ha chiarito che anche la fattispecie di cui all'art. 37, comma 2, cod. nav. (cd. diritto di insistenza) soggiace al medesimo principio, per cui è escluso che la P.A. possa procedere ad un rinnovo automatico della concessione in favore del precedente titolare. In dottrina, cfr. in proposito, L. R. PERFETTI, *"Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2, 621 ss.; M. ALESIO, *Il diritto di insistenza secondo la*

Tale conclusione appare perfettamente coerente con la cennata duplice finalità perseguita dall'art. 18 del regolamento attuativo e dalle cennate disposizioni del codice della navigazione- che induce ad estendere l'obbligo di pubblicità a tutte le fasi in cui si articola il procedimento di rilascio della concessione demaniale marittima e si desume altresì dai principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, ecc…di derivazione comunitaria direttamente applicabili alla fattispecie in esame[20].

Ma vi è di più.

Ed infatti, il successivo d.p.r. n. 509/1997 che, all'art. 4 prevede la pubblicazione della domanda di concessione mediante affissione nell'albo del Comune ove è situato il bene nonché l'inserzione per estratto nel foglio degli annunci legali della provincia, senza alcuna ulteriore precisazione in merito all'importanza della concessione. Il legislatore ha inteso sancire l'esistenza di un generale obbligo di pubblicità incombente sul Comune a prescindere dall'apprezzamento della rilevanza della concessione eventualmente dallo stesso effettuato.

Nello stesso senso milita l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa citata dalla sentenza in commento, tendente ad affermare l'esistenza di un generalizzato obbligo di pubblicità delle domande e di confronto concorrenziale tra gli aspiranti operatori del settore; essa ha l'indiscutibile pregio di indurre a rivedere l'ambito di applicabilità della disciplina del procedimento sotteso al rilascio delle concessioni marittime, anche se la soluzione prospettata non appare pienamente condivisibile.

La evidenziata difficoltà di armonizzazione della disciplina codicistica con i principi di derivazione comunitaria che impone l'adozione di misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale tra gli aspiranti e un'adeguata pubblicità si desume da ciascuna della sentenze innanzi citate le quali nel tentativo di mantenere in vita una disciplina ormai vetusta e superata, hanno finito per legittimare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione che, nella maggior parte dei casi si traducono in una illegittima restrizione dell'accesso al mercato e nel riconoscimento di diritti esclusivi in capo ad

---

*giurisprudenza amministrativa. Opinioni non conformi su una prelazione atipica,* in *D&G* 2003, 3, 36 ss.

[20] Cfr., M.A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa* (relazione al convegno "Il modello italiano della portualità turistica: prospettive di sviluppo", organizzato da Assonat-Federnautica il 12 e 13 settembre a Palermo) sul sito www.diritto.it

alcuni operatori del settore che acquisiscono, pertanto, una posizione privilegiata rispetto ad altre imprese concessionarie.

Se, come pare, alla disciplina contenuta nel codice della navigazione va riconosciuto un ambito di applicazione sia pur residuale, occorre necessariamente porre dei limiti alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione circa la "consistenza della concessione" dal momento che, dalla scelta operata dal Comune discende l'assoggettamento della concessione all'una o all'altra disciplina, sia che il bene concesso sia destinato strumentalmente all'esercizio (immediato) di un servizio pubblico sia, come è avvenuto nella fattispecie sottoposta all'esame del TAR Campania, che lo sfruttamento dello stesso implichi l'adattamento o la realizzazione ex novo di strutture o opere necessarie all'espletamento delle attività connesse al servizio della nautica da diporto, finanziato in tutto o in parte dal concessionario e, indirettamente, dagli utenti, nonchè lo sfruttamento delle reti preesistenti di proprietà dell'ente concedente..

Nella specie, l'assunzione del servizio da parte del Comune di Ischia non soltanto testimonia l'importanza che nel tempo ha assunto lo sfruttamento dei beni demaniali in ragione della rilevanza acquisita dall'esercizio delle attività connesse alla gestione dei servizi della nautica da diporto, ma costituisce soprattutto il criterio di individuazione del modulo procedimentale da attribuire alla concessione demaniale marittima che, come correttamente rilevato dal TAR Campania, deve essere sottoposta ai principi dell'evidenza pubblica, onde garantire condizioni effettive di concorrenza in relazione ad una situazione che, in definitiva, costituisce un'occasione di guadagno sia per la società affidataria del servizio sia per la ricorrente, sia per gli altri operatori del settore che, pur avendone titolo, non hanno avuto modo di partecipare al relativo procedimento.

Si vuol sottolineare, cioè, che l'assoggettamento alla più rigorosa disciplina che impone il ricorso alle procedura di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie cui innanzi sui è fatto riferimento, non discende automaticamente dalla considerazione secondo cui i suddetti principi, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, trovano applicazione, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate (nella specie, alle concessioni demaniali) da specifiche disposizioni comunitarie che impongono alle PP.AA. di procedere al rilascio delle concessioni secondo una procedura competitiva puntualmente regolata, bensì dalla presenza – a monte – della specifica qualificazione come servizio pubblico delle attività connesse alla nautica da diporto effettuata dallo stesso Comune. Ne deriva che, specificamente in detta ipotesi, la totale mancanza di

procedure di gara ai fini dell'attribuzione della concessione in questione non è conforme agli artt. 43 e 49 CE, e in particolare viola il principio generale di trasparenza nonché l'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità, poiché impedisce l'apertura di detta concessione alla concorrenza ed il controllo sull'imparzialità delle operazioni di aggiudicazione. Nello stesso senso militano altri principi di derivazione comunitaria quali, la libertà di prestazione dei servizi, il divieto di discriminazione, l'obbligo di parità di trattamento dai quali si desume l'obbligatorietà del propedeutico avvio di un procedimento amministrativo ad evidenza pubblica per la scelta del contraente ogni volta, come in questo caso, sussista alterità tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario.

Nella specie, quindi, a giudizio di chi scrive, il Comune avrebbe potuto "eludere" l'obbligo dell'evidenza pubblica soltanto adducendo una motivazione fondata su specifiche ragioni tecniche ed economiche o situazioni di infungibilità reale dell'affidatario del servizio che avrebbero reso impossibile, in termini di razionalità, l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto ovvero che avessero evidenziato la non rilevanza della scelta effettuata sul piano della concorrenza.

Negli altri casi, non è escluso che, onde evitare che il rilascio di concessioni avvenga in maniera arbitraria ed indiscriminata, l'amministrazione abbia l'obbligo di predeterminare i criteri certi, obiettivi e precostituiti in base ai quali evadere le richieste. D'altra parte, e si desume dall'art. 30, comma 3 del d.lgs. 163/2006, è pacifico che il principio di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte trova applicazione anche nell'affidamento di una concessione di servizi, intendendosi per tali non solo quelli relativi alla qualificazione dell'offerente, ma anche alla valutazione della relativa offerta, trattandosi pur sempre di attività selettiva. La definizione dei criteri di valutazione delle offerte, in un momento antecedente la redazione delle stesse da parte degli offerenti, assicura il rispetto del fondamentale principio di trasparenza su cui si regge tutto lo svolgimento della procedura selettiva.

Criteri quali l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione, ma non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta che, invece, deve essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con

l'oggetto del servizio che si intende offrire e che servono a misurarne il valore, senza che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente[21].

[21] Nello stesso senso, cfr., Dipartimento per le politiche europee, circolare 1° marzo 2007, in G.U. 15 maggio 2007, n. 111.

**La restituzione alla Libia della Venere di Cirene**

di Antonio Albano

1. Con sentenza 3518/2007 il TAR Lazio ha avuto modo di esprimersi sul problema della restituzione di beni culturali sottratti a seguito dell'occupazione militare o coloniale di un territorio. L'occasione è stata offerta da un ricorso presentato dall'Associazione Italia Nostra contro il Ministero dei Beni Culturali e la Repubblica di Libia avente ad oggetto l'annullamento del decreto di sdemanializzazione della Venere di Cirene adottato al fine di consentire la sua restituzione alla Libia. La statua raffigurante la Venere di Cirene era stata rinvenuta in Libia nel 1913 dall'esercito italiano di occupazione ed era stata trasferita in Italia per preservarla –si disse- dal pericolo di distruzione o di danneggiamento.

Il decreto ministeriale del 1° agosto 2002, che disponeva il passaggio del bene in questione dal demanio al patrimonio dello Stato, era stato adottato per dare esecuzione agli impegni assunti dall'Italia con la Repubblica di Libia di cui alla Dichiarazione congiunta del 4.7.1998 ed ulteriormente specificati nelle Intese del dicembre 2000 raggiunte in occasione della prima sessione del Comitato del Partenariato italo-libico.

Assumendo che la statua in questione rientrasse tra i beni culturali costituenti il patrimonio storico-artistico nazionale, l'associazione Italia Nostra poneva a base del suo ricorso una serie di motivi tra cui la violazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 490 del 29 ottobre 1999 che, per la definizione e l'individuazione del regime giuridico dei beni culturali, rinvia alle disposizioni del codice civile (art. 826, co. 2 e art. 828, co. 2). Essendo stata rinvenuta in un territorio sottoposto, a quel tempo, alla sovranità italiana (Italia Nostra aveva avvalorato la propria tesi portando a sostegno della stessa il Regio Decreto di annessione n. 1247 del 5 novembre 1911 convertito, poi, nella L. 25 febbraio 1918) alla statua andava riconosciuto il carattere dell'indisponibilità che non poteva perdere solo per una valutazione ministeriale circa il venir meno dell'interesse statale a mantenerne la proprietà; conseguentemente, il provvedimento adottato doveva essere considerato inadeguato allo scopo seppure inteso come strumento per l'esecuzione di un accordo internazionale.

Di contro, l'amministrazione resistente, dopo aver ricordato le circostanze del rinvenimento la Venere di Cirene in Cirenaica nel 1913 ad opera delle truppe militari (al periodo dell'occupazione militare) e la decisione del tutto eccezionale, rispetto alla politica culturale italiana che prevedeva per i beni culturali la conservazione nel luogo di

rinvenimento (politica di non "decontestualizzazione"), di un suo trasferimento in Italia, avvenuto nel 1915, per preservarla dai rischi di distruzione, ha contestato l'argomentazione con la quale Italia Nostra sosteneva la rivendicazione del bene perché rinvenuto su territorio metropolitano. Quanto all'indisponibilità del bene, l'amministrazione ha sottolineato che l'opera non può essere considerata una testimonianza esclusiva del popolo italiano, che la sua restituzione non comportava alcun vulnus al patrimonio nazionale e che, anche se il bene fosse da considerare, sulla scorta di quanto affermato dall'Associazione Italia Nostra, parte del patrimonio culturale italiano, non per questo sarebbe stato assoggettato ad un vincolo assoluto di inalienabilità ex art. 823 c.c. non escludendo, tale disposizione, atti di disposizione, previa autorizzazione della competente autorità amministrativa (art. 24 L. 1.6.1939 n. 1089 che ha trovato conferma nel d. lvo n. 42 del 22.1.2004 artt. 56 e 57).

Superate alcune obiezioni su questioni preliminari, passando alla valutazione della legittimità del provvedimento di sdemanializzazione del bene per consentirne il trasferimento nel territorio di uno Stato estero, il tribunale ha escluso che la normativa italiana in tema di beni culturali potesse trovare applicazione nel caso di specie per due motivi. Il primo era che essa apparteneva a Stato estero!

Il secondo era che la statua non era stata rinvenuta nel sottosuolo nazionale. Per quanto riguarda questo aspetto, il territorio libico "occupato militarmente" non poteva considerarsi, ad avviso del tribunale, sottoposto alla sovranità italiana. La semplice occupazione militare non sarebbe stata sufficiente, per la sua provvisorietà, ad identificare una piena effettività della sovranità italiana sul territorio libico tale da giustificare questa pretesa. Nonostante il Trattato di pace concluso il 18 ottobre 1912 fra Italia ed Impero Ottomano avesse previsto la cessione all'Italia della Tripolitania e della Cirenaica, l'Italia era riuscita solo successivamente, negli anni '20, ad imporre il suo controllo effettivo e la sua sovranità su quei territori che la comunità internazionale riconobbe con il Trattato di Losanna del 1923. In ogni caso, la sovranità italiana su quel territorio non avrebbe comportato, in base al diritto internazionale, anche la assimilazione dello stesso e della sua popolazione al territorio metropolitano.

Tuttavia, anche se così fosse stato, ciò non avrebbe comportato, ad avviso del collegio giudicante, l'impossibilità giuridica di una sua dismissione, che nel caso di specie è stata effettuata in esecuzione di un obbligo internazionale assunto con la Libia (la Dichiarazione congiunta).

2. A giustificazione dell'obbligo di restituzione il tribunale pone la conv. di Vienna sulla successione degli Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato (convenzione di codificazione del 8.4.1983) il cui art. 15 stabilisce che, al fine di preservare il patrimonio e l'eredità storico-culturale di uno Stato, vanno ritrasferiti tutti i beni mobili ed immobili appartenenti al territorio cui si riferisce la successione tra Stati e alla cui creazione il territorio dipendente avesse contribuito "in proporzione al contributo del territorio dipendente" medesimo e, soprattutto, le regole di DI generale operanti ex art. 10 cost. conformemente ad una prassi consolidatasi attraverso la conclusione dei trattati di pace nei quali viene sancito "il principio di ricostituzione dei singoli patrimoni culturali nazionali" sottratti durante le guerre terrestri.

Sulla scorta di queste considerazioni, ad avviso del tribunale era venuta meno l'esigenza di tutelare il bene dal pericolo di distruzione o danneggiamenti e, avendo la Libia acquistato la propria indipendenza, era doveroso procedere al trasferimento del bene.

Il tribunale respinge, così, la censura sollevata da Italia Nostra per dichiarare inoperante l'accordo tra Italia e Libia che avrebbe richiesto, a suo dire, una legge contenente l'ordine di esecuzione ha trovato accoglimento da parte del tribunale. Per l'organo giudicante, nella specie ricorreva un accordo in forma semplificata per il quale non era necessario l'intervento del Parlamento ex art. 80 cost. <qui il tribunale ratifica con l'ordine di esecuzione!> ed il decreto ministeriale impugnato costituiva nient'altro che la misura di attuazione dell'obbligo internazionale.

Inoltre, il tribunale respinge l'argomento dell'insussistenza di elementi che giustifichino la ricollocazione del reperto in Libia perchè non rappresenterebbe il suo "contesto culturale di appartenenza" appartenendo esso all'arte europea piuttosto che all'arte islamica, e quello di contribuire ad una dissennata politica di depauperamento del patrimonio artistico-archeologico nazionale. Il Collegio ha ritenuto che gli importanti insediamenti di epoca romana in Libia, che dette i natali persino all'imperatore romano Settimio Severo e la importante attività artistica del periodo alessandrino potessero giustificare, invece, quella ricollocazione e che la restituzione dei beni culturali sottratti a seguito di eventi bellici potrebbe contribuire, al contrario, a promuovere il recupero a favore dell'Italia dei reperti nel nostro paese da altri Stati.

3. La sentenza succitata ci offre la opportunità di tornare, nell'ambito più generale della tutela dei beni culturali, sul delicato e controverso tema della loro restituzione.

Ci sono alcuni passaggi che appaiono alquanto discutibili. Tra questi quello dell'appartenenza della statua a Stato estero al tempo del rinvenimento o quello della non estraneità del reperto al contesto culturale libico. Sul primo punto, non si capisce quale sarebbe lo Stato estero di appartenenza del bene, dal momento che all'epoca del suo rinvenimento non esisteva uno Stato libico né v'era un altro Stato che esercitasse la sua potestà di governo sul territorio libico diverso dall'Italia. Sulla non estraneità artistica al mondo culturale libico della statua in questione appare francamente debole l'argomento contrario adoperato dal tribunale circa la presenza in Libia di importanti insediamenti romani, così come quello di aver essa dato i natali a Settimio Severo o il forte "internazionalismo" che caratterizzò il periodo alessandrino. Ciò che rileva, sotto questo profilo, è l'atteggiamento attuale di uno Stato rispetto alle vestigia e ai reperti storici che si trovano sul suo territorio più dell'esistenza di tali vestigia. Basti pensare all'atteggiamento dei talebani nei confronti dei reperti storici risalenti al tempo preislamico in Afganistan che li portò all'abbattimento delle gigantesche statue del Buddha. Si sarebbe potuta configurare come auspicabile, a quel tempo, la restituzione all'Afganistan di un reperto risalente ad epoche precedenti l'islamizzazione di quel paese e che fosse stato rinvenuto da quelle parti e trasferito all'estero, utilizzando l'argomento del ritorno del bene nel suo ambiente culturale?

A parte queste considerazioni, che dovrebbero portare a riconsiderare l'atteggiamento verso i beni culturali nella prospettiva di un dovere di conservazione e di tutela piuttosto che in termini di diritti e di pretese, appartenendo essi alla civiltà umana e costituendo patrimonio comune dell'umanità, conviene evidenziare come il tribunale abbia preferito collocarsi nella prospettiva della restituzione dei beni sottratti in tempo di guerra e nel corso dell'occupazione militare di un territorio. Su questa base, infatti, il problema della restituzione trova una sistemazione tutto sommato abbastanza pacifica essendosi formata, al riguardo, una regola consuetudinaria (alla cui formazione hanno contribuito fonti pattizie, tra cui il primo protocollo allegato alla Convenzione dell'Aja del 1984, la prassi degli Stati e, da ultimo, gli Statuti dei tribunali penali internazionali in cui il trafugamento e la distruzione dei beni culturali sono inquadrati tra i crimini di guerra). Meno convinte sono apparse le argomentazioni basate sulla conv. di Vienna, che oltretutto non è ancora in vigore e difficilmente potrà esserlo per mancanza di ratifiche

soprattutto da parte degli Stati ex coloniali, e sull'esecuzione dell'accordo italo libico sulla restituzione dei beni, la cui conclusione in forma semplificata non esime dall'adozione dell'ordine di esecuzione che, nel caso esaminato, non viene menzionato. Poco convincenti sono apparsi anche i passaggi della sentenza sull'effettività e sulla legittimità della sovranità italiana esercitata sul territorio libico al tempo del rinvenimento del reperto mentre fortemente interessata è sembrata l'insistenza sulla natura della presenza italiana definita come "occupazione militare" rispetto alla quale è stato appena sfiorato il problema del dominio coloniale in Libia. E, in effetti, il punto delicato dell'intera vicenda è legato proprio al dominio coloniale e all'obbligo di restituzione dei beni sottratti dalla potenza coloniale durante questo dominio.

Se si fa eccezione per i beni culturali sottratti a seguito di eventi bellici o di occupazioni militari per i quali l'obbligo di restituzione è stato reso palese da numerosi trattati internazionali come ad es. quelli a conclusione dei conflitti –trattati di pace-, non altrettanto si può dire per i beni culturali sottratti durante il dominio coloniale sulla cui restituzione non è stato possibile sino ad oggi promuovere la formazione di un consenso generalizzato. La richiesta di restituzione è stata avanzata più volte dagli Stati che sono nati a seguito del processo di decolonizzazione ma non ha trovato una risposta soddisfacente. Tutti i tentativi per affermare l'esistenza di una prassi a livello internazionale che considera illecite le asportazioni degli stessi e dalla quale potesse derivare un obbligo di restituzione, si sono rivelati privi di un significativo risultato per l'assenza di quel necessario e generale consenso per la formazione di una consuetudini internazionale da parte degli Stati ex coloniali.

Nessuno Stato ex coloniale che si trova, per un motivo o per un altro, in possesso di tali beni, si è dichiarato disposto a privare i propri musei di opere dall'alto contenuto artistico la cui appartenenza viene rivendicata da altri Stati che pure identificano in quei beni la loro storia e la loro cultura.

D'altra parte anche le convenzioni internazionali attraverso le quali gli Stati hanno inteso obbligarsi per assegnare un regime uniforme ai beni culturali, promosse e favorite dalle Organizzazioni internazionali per la tutela dei beni culturali e la loro restituzione in caso di trafugamento, sebbene siano state animate da un reale spirito di cooperazione- è, ormai, generalizzata la convinzione che, rappresentando l'essenza e l'eredità storico-culturale di un popolo, i beni culturali debbano conseguire una tutela piena- non hanno prodotto i risultati desiderati (si pensi alla Convenzione Unesco del 1970 che si propone di impedire la illecita importazione, esportazione e trasferimento dei beni culturali e che è

citata più volte nella sentenza che si annota. Ebbene, la sua effettiva valenza a livello internazionale si è rivelata scarsa perchè le disposizioni ivi contenute, non producendo un effetto retroattivo, hanno vigore esclusivamente per i beni trafugati dopo la sua entrata in vigore; in questo modo la sua applicazione riduce significativamente la sua portata non potendosi applicare a situazioni ad un'epoca storica più remota).

Allo stato attuale, risultati veramente significativi si potrebbero e si possono registrare unicamente attraverso la conclusione di accordi internazionali che, fondando la richiesta di restituzione su una volontaria cooperazione interstatuale, si traducono in un vero e proprio obbligo di restituzione, come in realtà è avvenuto tra Italia e Libia nel caso che ci interessa.

Tuttavia, non si può negare che le pronunce dei tribunali nazionali –come quella annotata- con le quali viene dichiarato l'obbligo di restituzione possano contribuire alla soluzione del problema; esse, infatti, rappresentando un precedente potrebbero, attraverso la conferma proveniente da parte anche di corti straniere, dar luogo alla formazione di una norma consuetudinaria.

**Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II quater, sentenza n. 3518/2007**

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO (Sezione II quater)
ha pronunciato la seguente
SENTENZA
sul ricorso n. 12175/2002 proposto dall'ASSOCIAZIONE NAZIONALE ITALIA NOSTRA Onlus, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Cerulli Irelli e Maria Athena Lorizio, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata, in Roma, via Dora n. 1;
contro
il Ministero per i Beni e le Attività culturali, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è elettivamente domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
e nei confronti
della Repubblica della Libia- costituitasi a mezzo dell'Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista (Ambasciata delle Repubblica di Libia), in persona del legale rappresentante pro-tempore dell'Ufficio stesso, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro Rufini e Carlo Tardella, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, via Carso n. 51;
con l'ulteriore costituzione in giudizio
della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista (Stato Libico), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Edmondo Zappacosta, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via Tommaso Salvini n. 55;
per l'annullamento, previa sospensiva,
- del decreto del Ministro per i Beni e le Attività culturali emanato in data 1 agosto 2002, con il quale è stato decretato il passaggio della "statua marmorea acefala di Afrodite, c.d.Venere di Cirene dal demanio al patrimonio dello Stato" in quanto "per tale bene non sussiste più interesse da parte dello Stato a mantenerne la proprietà", al fine di procedere al trasferimento della statua presso gli istituti museali della Repubblica della Libia;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguenziale, concernente il trasferimento dell'opera al Museo Nazionale di Tripoli;
Visto il ricorso con la relativa documentazione;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista (Ambasciata delle Repubblica di Libia) e dello Stato della Repubblica della Libia Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore all'udienza pubblica del 28 febbraio 2007 il Primo Refendario Floriana Rizzetto;
Uditi, l'avv. Lorizio per l'associazione ricorrente, l'avv. dello Stato Fiorilli per l'Amministrazione resistente, l'avv. Tardella per l'Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista (Ambasciata delle Repubblica di Libia) e l'avv. Zappacosta per la Repubblica della Libia Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista;
Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:
FATTO
Con decreto del 1° agosto 2002, registrato alla Corte dei Conti in data 8 agosto 2002 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.190 del 14 agosto 2002), il Ministro per i Beni e le Attività culturali, in esecuzione di un accordo di restituzione concluso tra lo Stato Italiano e lo Stato Libico, ha disposto il passaggio della statua marmorea acefala di Afrodite, c.d.Venere di Cirene, dal demanio al patrimonio dello Stato in quanto "per tale bene non sussiste più interesse da parte dello Stato a mantenerne la proprietà", al fine di procedere al trasferimento della statua stessa dal Museo Nazionale Romano agli istituti museali della Repubblica della Libia.
Con ricorso notificato in data 14/11/2002 e depositato il 20/11/2002 tale atto è stato impugnato dall'Associazione Nazionale Italia Nostra che ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi:
1) Violazione dei principi in tema di regime demaniale delle categorie riservate. Violazione degli artt. 822 comma 1, 826 comma 2, 829 comma 1 del codice civile; Violazione degli artt. 1, 2, 54, 55 del D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490. Errore del procedimento- Eccesso ed abuso di potere – Difetto dei presupposti- Errore di motivazione.
L' impugnato atto di sdemanializzazione è stato adottato in violazione dell'art. 54 del D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 che, per la definizione e l'individuazione del regime giuridico dei beni culturali, rinvia alle disposizioni sui beni pubblici contenute nel codice civile, ed in particolare all'art. 826, comma 2, e all'art. 828, comma 2. Infatti il Ministro non avrebbe potuto consentire la cessione allo Stato Libico della statua in contestazione in quanto, essendo stata questa rinvenuta nel sottosuolo, fa parte dei beni culturali riservati costituenti il "patrimonio storico-artistico nazionale" e può essere dismessa solo nel caso in cui dovesse perdere i caratteri in base ai quali ha ottenuto il riconoscimento ex lege, presupposto che nella fattispecie non sussiste, e non già in base a valutazioni ministeriali, giuridicamente irrilevanti, in merito al venir meno dell'interesse statale a mantenerne la

proprietà. Tale motivazione appare quindi erronea ed il provvedimento contestato risulta emesso con abuso dei poteri conferiti all'amministrazione per la tutela e la conservazione dei beni culturali;
2) Stessi vizi- Errore del procedimento- uso di strumento amministrativo non idoneo.
Con provvedimento ministeriale, in base agli accordi conclusi con lo Stato della Libia, si sarebbe potuto solo affidare temporaneamente l'opera al governo libico, ma non trasferirne la proprietà, in quanto bene appartenente ex lege al patrimonio storico-artistico della nazione;
3) Eccesso di potere per errore e difetto di motivazione. Perplessità.
La motivazione del provvedimento appare illegittima anche sotto il profilo della sua perplessità, in quanto fa riferimento alla necessità di collocare l'opera "presso il contesto culturale di appartenenza" senza tener conto che si tratta di copia romana di un originale greco di epoca ellenistica, più pertinente al nostro contesto artistico che a quello islamico. Seguendo tale principio si verrebbe a costituire un precedente che rischierebbe di depauperare il patrimonio artistico ed archeologico dell'Italia.
Si chiede inoltre l'acquisizione in via istruttoria della documentazione relativa agli accordi internazionali concernenti la restituzione della statua in questione.
Si è costituito in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali e con memoria del 10.12.2002 ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione processuale della ricorrente e ne ha chiesto comunque il rigetto per l'infondatezza delle esposte doglianze, evidenziando che la statua non è stata rinvenuta in territorio italiano, bensì nel suolo libico durante il periodo dell'occupazione militare italiana, sicchè non può ritenersi parte del patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi dell'art. 826, comma 2, del codice civile. L'amministrazione rappresenta, altresì, che la statua era stata solo temporaneamente ricoverata nei locali di un museo italiano come misura eccezionale, rispetto alla politica culturale italiana volta a conservare in loco i reperti rinvenuti a seguito di scavi archeologici organizzati (cd.principio di "non decontestualizzazione"), e finalizzata alla salvaguardia del reperto durante le operazioni belliche. Questo, inserito nelle raccolte museali del Museo Nazionale Romano, non può neppure ai sensi dell'art. 822, comma 2, del codice civile essere ritenuto assoggettato ad un regime di inalienabilità assoluta, in quanto il carattere di demanialità ivi previsto investe unicamente l'universalità dei beni mobili costituenti la raccolta museale, considerata nel suo insieme, e non i singoli beni culturali, i quali sono tali solo se di proprietà dello Stato ed in virtù del vincolo di destinazione che li include nella suindicata universalità, restando comunque suscettibili di perdere tale carattere ove venga accertato il venir meno del vincolo stesso.
Conclude la difesa erariale ribadendo che la restituzione del bene non comporta alcun vulnus al patrimonio culturale nazionale in quanto l'opera non può essere considerata una testimonianza esclusiva del popolo italiano e, comunque, la ricollocazione nel luogo di provenienza non determina la compromissione della sua conservazione o fruibilità.
Con ordinanza n. 826/02 dell'11.12.2002 è stata disposta l'acquisizione della documentazione relativa alle Intese raggiunte in occasione della Prima sessione del Comitato del Partenariato Italo-Libico svoltosi in Roma in data 11-13 dicembre 2000 nonché il parere espresso dall'Avvocatura Generale dello Stato e citato nelle premesse del provvedimento impugnato.
L'amministrazione ha adempiuto all'incombente istruttorio, depositando la documentazione richiesta in data 10.12.2002.
Con nota prodotta il 15.3.2003 la ricorrente ha formulato osservazioni in merito a tali atti, evidenziando che da un passaggio del parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato si evincerebbe che la procedura di sdemanializzazione della statua in contestazione non sarebbe stata decisa in esecuzione dell'accordo italo-libico, bensì costituirebbe una autonoma iniziativa dell'amministrazione italiana. Invoca, inoltre, il medesimo parere nella parte in cui afferma che lo Stato italiano non sarebbe tenuto alla restituzione della Venere di Cirene in base alla Convenzione U.N.E.S.C.O. del 1970 in quanto la statua sarebbe stata trasferita in Italia in epoca anteriore alla stipula di detta convenzione, sicchè si renderebbe a tal fine necessaria un'apposita convenzione bilaterale e la ratifica legislativa della stessa, che nella specie non è intervenuta. Evidenzia, altresì, una contraddizione insita nello stesso parere in cui si ritiene necessario seguire una procedura di sdemanializzazione per restituire l'opera, pur non considerata parte del patrimonio indisponibile in quanto non rinvenuta nel sottosuolo italico. Al riguardo, infine, deduce che all'epoca del ritrovamento la Libia era sottoposta alla sovranità italiana.
Si è costituito in giudizio l'Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista (Ambasciata delle Repubblica di Libia) in data 11.2.2003, con memoria scritta, eccependo la tardività del ricorso e chiedendone comunque il rigetto in quanto infondato nel merito. Rappresenta al riguardo, la difesa della Ambasciata Libica, che l'art. 20 del d.lvo n. 490/99 prescrive che "l'attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali si conforma ai principi di cooperazione tra Stati, anche nell'ambito di organizzazioni internazionali, stabiliti dalle convenzioni rese esecutive in Italia in materia di protezione del patrimonio culturale mondiale e dei patrimoni nazionali" – quali sono la Convezione U.N.E.S.C.O. del 1970 e la Convenzione Unidroit del 1995 – e che nella specie lo Stato Italiano è tenuto a dare esecuzione agli accordi di restituzione assunti nei riguardi della Repubblica di Libia con la Dichiarazione Congiunta del 4.7.1998 e ulteriormente specificati con l'Intesa conclusa nell'ambito del Partenariato Italo-Libico svoltosi in Roma nei giorni 11-13 dicembre 2000.
Si è costituito altresì in giudizio lo Stato della Repubblica di Libia - Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, chiedendo un rinvio della discussione dell'istanza cautelare motivato da esigenze difensive.

Alla Camera di Consiglio del 12.2.2003 la sospensiva è stata riunita al merito.
Con memorie depositate in vista dell'udienza le parti hanno ulteriormente precisato quanto dedotto negli scritti difensivi sopra richiamati. La Repubblica Libica e l'Ambasciata Libica hanno chiesto, altresì, che sia dichiarata la perenzione del ricorso, per mancanza ultrabiennale di attività processuale, ribadendo l'eccezione relativa al difetto di legittimazione processuale attiva della ricorrente nei termini già prospettati dalla resistente amministrazione.
Alla pubblica udienza del 28 febbraio 2007 la causa, dopo approfondita discussione, è stata trattenuta in decisione.
DIRITTO
In via preliminare va esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata dall'Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista nella memoria difensiva depositata in data 11.2.2003, sul rilievo che il ricorso è stato notificato presso la sede dell'Ambasciata Libica in data 15.11.2002 e, quindi, oltre il termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art. 21, primo comma, della legge n. 1034 del 1971.
L'obiezione va disattesa in quanto la consegna del ricorso all'Ufficiale Giudiziario per la notifica alla rappresentanza diplomatica dello Stato Libico è avvenuta tempestivamente in data 14.11.2002 e, pertanto, l'eventuale ritardo nelle successive operazioni deve ritenersi irrilevante, essendo addebitabile esclusivamente all'Ufficio Notifiche, come di recente affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 477 del 26.11.2002, n. 477.
Deve essere altresì disattesa l'eccezione sollevata dal medesimo Ufficio Popolare della Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, secondo cui sarebbe intervenuta la perenzione del ricorso per mancanza ultrabiennale di attività processuale successivamente all'adempimento dell'ordinanza collegiale istruttoria da parte dell'amministrazione.
Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, le decisioni rese nel corso del procedimento cautelare, anche se di natura istruttoria, non rilevano ai fini dell'art. 23, comma 6, della L. 6/12/1971 n° 1034, in base al quale l'istanza di fissazione di udienza deve essere rinnovata da una delle parti nel previsto termine biennale, in quanto il giudizio cautelare, costituendo una fase autonoma e distinta rispetto al giudizio d'impugnazione, non è idoneo ad esplicare effetti o comunque influenza sul rapporto processuale principale (Cons. Stato, IV Sez., 2/12/2003 n°7864, V Sez., 17/3/1998 n° 295 e 14 febbraio 1984 n. 129, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 04 aprile 1989, n. 114; da ultimo, T.A.R. Sardegna, sez. I, 15 luglio 2005 , n. 1651).
Nella fattispecie, quindi, la domanda di fissazione d'udienza per la discussione della causa nel merito presentata dalla ricorrente il 22.11.2002 non ha perso efficacia per effetto dell'esecuzione dell'ordinanza istruttoria emessa nella fase cautelare, sicchè non sussistono i presupposti per dichiarare il ricorso perento ai sensi dell'art. 23 sopra citato.
Va ancora previamente affrontata la questione dell'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione processuale della ricorrente sollevata dalla difesa erariale nella propria memoria difensiva del 10.12.2002 sotto il duplice profilo che la tutela del patrimonio storico-artistico nazionale, quanto all'aspetto formale, è costituzionalmente attribuita allo Stato e che, sul piano sostanziale, l'operazione di restituzione del bene artistico in contestazione non incide sulla sua conservazione e valorizzazione che, anzi, vengono assicurate proprio dal trasferimento della statua nell'originario contesto ambientale.
Anche tale eccezione non può essere condivisa.
L'associazione culturale ricorrente, riconosciuta con d.p.r. 22.8.1958 n. 1111 ha lo scopo – come risulta dall'art. 1 dello statuto versato in atti - di "concorrere alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e naturale della Nazione" ed agisce in giudizio al fine di perseguire la predetta finalità esercitando la facoltà di "promuovere azioni per la tutela, la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, dell'ambiente, del paesaggio urbano, rurale e naturale, dei monumenti, dei centri storici e della qualità della vita" (art. 3), conferita dal nuovo statuto approvato con decreto del 19 ottobre 1999 del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 13).
In base a dette previsioni l'Associazione nazionale Italia Nostra Onlus è stata ritenuta legittimata ad agire in giudizio per la tutela, la conservazione e valorizzazione dei beni culturali, dei monumenti e dei centri storici etc. "intesi tutti come beni e valori ideali idonei a caratterizzare in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale rispetto ad ogni altro ambito geografico e territoriale e pertanto capaci di assicurare ad ogni individuo che entra in contatto con tale ambito una propria specifica utilità che non può essere assicurata da un altro ambiente"( Cons. St., Sez. IV, 9 ottobre 2002 n. 5365).
In tale prospettiva l'Associazione Nazionale Italia Nostra Onlus deve ritenersi legittimata ad impugnare un atto amministrativo che può ledere immediatamente o esporre a pericolo i predetti valori, privando il Paese di un bene artistico-culturale già acquisito al suo patrimonio. Non può infatti condividersi l'assunto della resistente amministrazione, secondo cui nei fini di tutela, conservazione e valorizzazione non possa essere fatta rientrare anche l'azione volta al mantenimento della proprietà di un'opera di grande livello artistico.
Ritiene il Collegio, al contrario, che nello scopo associativo possano ben includersi le azioni tese a garantire la permanenza sul territorio nazionale dei beni culturali di cui l'Associazione può concorrere ad assicurare la conservazione e la valorizzazione, essendo la esistenza fisica dei reperti di interesse storico-artistico il presupposto per lo svolgimento delle funzioni di cooperazione nella tutela. D'altronde, le determinazioni relative all'acquisizione di un bene artistico al patrimonio statale o alla sua dismissione non possono ritenersi riservate

alla esclusiva competenza statale e, quindi, ex se precluse all'apporto collaborativo dell'associazione in argomento, in quanto il regime proprietario di un bene costituisce uno dei principali strumenti per assicurarne sia la conservazione sia il corretto utilizzo, come evidenziato oltre che nella risalente normativa in materia – nella quale la qualificazione come proprietà statale rappresentava il principale mezzo di tutela delle opere d'arte–anche nelle recenti leggi di riforma, in cui la formalistica impostazione sopra delineata viene attenuata a favore di modelli diversi capaci di assicurare, sul piano sostanziale, la migliore gestione ed utilizzazione di detti beni.
Del resto, che tale compito non sia di esclusiva spettanza dell'apparato statale, si ricava anche dal fatto che la difesa del "patrimonio culturale" della Comunità Nazionale costituisce un valore primario la cui tutela è suscettibile di essere apprestata con l'apporto di tutti i soggetti necessari, sia pubblici che privati, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale introdotto con la recente modifica del Titolo V della Carta Costituzionale ed in particolare dell'art. 118, ultimo comma.
Rileva infine il Collegio che, oltre alla Ambasciata di Libia in Italia, si è costituito nel presente giudizio, con diverso difensore, direttamente lo Stato della Libia, Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista. In proposito va osservato che, come già precisato dalla giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione (cfr. Cass. Civ. Sez. Lavoro, 9.11.2000, n. 14549; Cass., S.U. 15 luglio 1999, n. 395) le Ambasciate o Rappresentanze diplomatiche sono organi esterni dello Stato cui appartengono ed i loro titolari (ambasciatori o agenti diplomatici) hanno la funzione di rappresentare ad ogni effetto il proprio Stato presso quello straniero dove sono accreditati, non esaurendosi la loro attività nel campo strettamente politico e pubblico ma estendendosi ad ogni altro settore, anche privatistico, nel quale sia necessario tutelare gli interessi dello Stato rappresentato.
Ne consegue che, essendo l'agente diplomatico legittimato, in quanto tale, a rappresentare il proprio Stato nel presente giudizio, va dichiarata inammissibile la seconda costituzione operata in via diretta dallo Stato libico a mezzo di altro difensore con diversa elezione di domicilio e sulla base di una procura ad litem conferita dall'Avvocatura della Repubblica libica.
Ciò premesso, può passarsi ad esaminare il ricorso nel merito.
La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne le modalità di restituzione, in esecuzione di un accordo internazionale, allo Stato libico di un bene culturale rinvenuto sul suo territorio ed involge in particolare il problema della legittimità della scelta di ricorrere ad un provvedimento ministeriale di sdemanializzazione per dare esecuzione all'impegno, assunto dallo Stato Italiano, di trasferire il bene stesso nel territorio di uno Stato estero.
Con il primo motivo l'associazione ricorrente lamenta la violazione dell'art. 54 del D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 che rinvia per la definizione e l'individuazione del regime giuridico dei beni culturali alle disposizioni sui beni pubblici contenute nel codice civile, ed in particolare all'art. 826, comma 2, il quale assoggetta al regime del patrimonio indisponibile dello Stato "le cose d'interesse storico, archeologico, paletnologico, artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo".
In sintesi la dismissione dell'opera in contestazione dal patrimonio pubblico non avrebbe potuto essere effettuata mediante decreto ministeriale, essendo piuttosto a tal fine necessario un atto normativo di pari grado rispetto a quello da cui il bene riceve la suddetta qualificazione giuridica.
La censura va disattesa per due ordini di motivi.
In primo luogo, sotto il profilo dell'ambito di applicazione della disposizione codicistica invocata, va ricordato che già in tempi risalenti è stato chiarito che essa non si applica a beni appartenenti a Stato estero (Tribunale Roma, 27 giugno 1987; Cassazione civile, Sez. I, 24 novembre 1995, n. 12166).
In secondo luogo, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per la applicabilità della disposizione stessa, il Collegio rileva che nella specie risulta tutt'altro che comprovato che il bene in contestazione sia giuridicamente qualificabile nel senso prospettato dalla ricorrente.
L'opera di cui si tratta è infatti costituita da una "statua marmorea acefala di Afrodite", c.d.Venere di Cirene, copia romana di un originale di età ellenistica, facente parte del complesso statuario delle Grandi Terme di Cirene, rinvenuta dalle truppe italiane in data 28.12.1913 in occasione dell'occupazione militare della Cirenaica e successivamente tradotta in Patria nel 1915 al fine di preservarla dal rischio di distruzione nel periodo bellico.
Come rappresentato dall'amministrazione, e non contestato dalla controparte, tale modo di agire rappresenta un'eccezione rispetto alla tradizionale politica culturale italiana di mantenere i reperti archeologici, rinvenuti in occasione di scavi archeologici programmati, nel luogo di provenienza (cd. politica di non "decontestualizzazione") e siffatta operazione eccezionale è stata finalizzata ad assicurare un temporaneo ricovero della statua durante le operazioni belliche.
Atteso il periodo in cui l'opera d'arte è stata scoperta, il Collegio ritiene che non sia configurabile l'invocato presupposto del rinvenimento della statua nel sottosuolo nazionale, circostanza su cui la ricorrente basa la ravvisata appartenenza del bene al patrimonio indisponibile dello Stato e la sua conseguente acquisizione ai sensi dell'art. 826, comma 2, del codice civile.
Va rilevato, invero, che l'area in cui è stata fortuitamente trovata l'opera, all'epoca, faceva parte del territorio libico e che non vale pertanto invocare in senso contrario, come preteso dalla ricorrente, il Regio Decreto di annessione del 5 novembre 1911, n. 1247 (convertito poi nella l. 25 febbraio 1918, n. 82) che dichiarò possedimenti italiani la Tripolitania e la Cirenaica in pendenza dello svolgimento di operazioni belliche di alterne

sorti. E' infatti fuori discussione che la prassi allora invalsa di assumere unilaterali decisioni di annessione di territori occupati solo militarmente e quindi appartenenti ad altro Stato ivi esercitante la propria sovranità non era sufficiente a trasferire, sul piano giuridico, la sovranità dello Stato dichiarante sul territorio in questione, non essendo la semplice "occupazione militare" di parte del territorio idonea, di per sé sola, al trasferimento della sovranità per gli effetti puramente provvisori e limitati dell'occupazione militare stessa.
E' noto che solo con il Trattato di pace fra Italia e Impero Ottomano del 18 ottobre 1912 (reso esecutivo in Italia con legge del 16 dicembre 1912 n. 1312) la Turchia aveva ceduto all'Italia la Tripolitania e la Cirenaica. Tale trattato, tuttavia, non è risultato sufficiente per il trasferimento della sovranità italiana in quanto, ciò nonostante, l'Italia non è riuscita a conseguire un effettivo controllo del territorio di tali regioni fino agli anni '20 (tant'è che la Comunità internazionale ha riconosciuto la sovranità italiana sull'area in questione solo con il Trattato di Losanna del 24.7.1923) onde, alla stregua del principio di effettività, l'ipotizzata sovranità italiana sul territorio libico non risultava sussistere alla data del ritrovamento del reperto.
Anche a voler prescindere dalle suesposte considerazioni in ordine all'irrilevanza sul piano internazionale dell'atto di annessione del 1911, non potrebbe comunque trascurarsi che nel periodo considerato l'eventuale soggezione della Cirenaica alla sovranità italiana, come rilevato da parte della dottrina internazionale, non condurrebbe alla conclusione che l'assoggettamento di una Colonia alla sovranità di uno Stato comporti l'appartenenza a quello anche del territorio e della popolazione.
Da ciò consegue che la statua di che trattasi non potrebbe in ogni caso qualificarsi come reperto ritrovato sul territorio metropolitano.
Resta ancora da aggiungere che, se pure potesse ammettersi la non pacifica coincidenza tra l'estensione della sovranità e l'appropriazione del territorio coloniale, e conseguentemente ritenere che il reperto sia stato effettivamente rinvenuto su suolo metropolitano, da ciò, comunque, non conseguirebbe il vincolo di indisponibilità assoluta preteso dalla ricorrente.
L'appartenenza del reperto conteso alla categoria dei beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 826 del codice civile [1], infatti, non comporta l'impossibilità giuridica della dismissione di tale bene, che va invece ammessa alla luce del combinato disposto dell'art. 828, comma 2, dello stesso codice e degli artt. 23 e 24 della legge n. 1089 del 1.6.1939 (che riproducono l'art. 2 della legge n. 364 del 20.6.1909) ora riportato all'art. 55 del T.U. approvato con d.lvo n. 490/99). Non trova perciò conforto normativo la tesi della ricorrente secondo cui la statua in contestazione, essendo stata rinvenuta nel sottosuolo, non potrebbe essere dismessa in base a valutazioni ministeriali dovute al venir meno dell'interesse statale a mantenerne la proprietà, atteso che, al contrario, l'art. 55 sopra citato consente, previa acquisizione della prescritta autorizzazione ministeriale, l'alienazione "dei beni culturali appartenenti allo Stato, alle regioni, alle province, ai comuni che non facciano parte del demanio storico e artistico.... qualora non abbiano interesse per le raccolte pubbliche e dall'alienazione stessa non derivi danno alla loro conservazione e non ne sia menomato il pubblico godimento".
Va tuttavia rilevato che la declassificazione del bene non è stata disposta dall'amministrazione resistente in base a mere valutazioni sul valore artistico del bene e sulla conseguente opportunità di mantenerne o meno la proprietà, quanto piuttosto su diverse considerazioni relative alla necessità, sul piano internazionale, di dare attuazione all'impegno di restituzione della statua liberamente assunto dallo Stato Italiano con un accordo concluso con il Governo Libico, come si evince dalle premesse dell'atto impugnato.
A fronte di siffatto impegno, risulta indifferente che il bene da restituire sia classificato come appartenente al patrimonio indisponibile in base all'art. 826, comma 2, del codice civile, secondo la prospettazione della ricorrente, ovvero che sia qualificabile come bene demaniale per effetto dell'inserimento della statua nelle collezioni museali nazionali in base all'art. 822, comma 2, del medesimo codice, sulla base delle affermazioni contenute nel provvedimento impugnato e ribadite dall'avvocatura erariale.
Il particolare regime giuridico sancito dall'art. 823 del c.c. [2], infatti, non impone un vincolo assoluto di inalienabilità dei beni appartenenti al demanio storico-artistico, in quanto questi, in virtù dell'art. 24 della legge 1° giugno 1939 n. 1089, possono essere soggetti ad atti di disposizione pervia autorizzazione della competente autorità amministrativa, e tale norma (che ha trovato conferma nel d.lvo n. 42 del 22.1.2004, artt. 56 e 57) prevale, in quanto "lex specialis", sulla disciplina codicistica richiamata dalla ricorrente (Consiglio Stato, sez. VI, 07 maggio 1988 , n. 568).
Al riguardo va considerato che il regime giuridico dei beni riservati comporta il divieto che i beni stessi siano "distratti" dalla loro funzione "naturale" per essere destinati a favore di (usi particolari di) privati, ma ciò non esclude la possibilità di imprimere ai medesimi destinazioni (pubbliche) diverse, ove giustificate da esigenze di interesse generale e previste da adeguata fonte normativa, come evidenziato nella Relazione Ministeriale di accompagnamento al progetto di riforma del Codice Civile, ove si precisa che "l'inalienabilità...importa che i beni demaniali non possono formare oggetto di negozi di diritto privato diretti a trasferire la proprietà o a costituire su di essi diritti a favore di altri soggetti. Il trasferimento o la costituzione possono invece verificarsi in forza di negozi, o di altri fatti giuridici, di diritto pubblico contemplati dalle leggi speciali". Tra questi ultimi, appunto, possono essere ricompresi gli accordi internazionali di restituzione di cose di interesse culturale, come previsto dall'art. 20 del d.lvo n. 490/99, il quale sancisce che "L'attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali si conforma ai principi di cooperazione tra Stati, anche nell'ambito di organizzazioni internazionali, stabiliti dalle convenzioni rese esecutive in Italia in materia di protezione del patrimonio culturale mondiale e dei patrimoni nazionali".

Relativamente ai beni di cui si tratta trova poi applicazione il principio vigente in tema di successione internazionale tra gli Stati che abbiano acquisito la piena indipendenza in seguito al processo di decolonizzazione sviluppato nella Convenzione di codificazione delle regole sulla successione tra Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato adottata a Vienna l'8 aprile 1983.
Detta Convenzione riserva ai Paesi in questione un trattamento di favore, sancendo all'art. 15 che a tali Stati debbano essere (ri)trasferiti tutti quei beni, mobili ed immobili, ovunque situati, che, prima dell'istituzione del vincolo di dipendenza, fossero appartenuti al "territorio cui si riferisce la successione tra Stati", nonché tutti quei beni, mobili ed immobili, "ovunque situati", alla cui creazione il territorio dipendente avesse contribuito, "in proporzione al contributo del territorio dipendente" medesimo. Tra tali beni sono compresi, in particolare, quelli di significato storico e culturale che si trovassero nelle raccolte dei Musei dello Stato predecessore, all'evidente fine di preservare il patrimonio e l'eredità storico-culturale del popolo che abita il territorio dipendente in questione, come specificato dal riferimento contenuto nella citata disposizione " al contributo del territorio dipendente" (Atti della Commissione di Diritto Internazionale in Annuario della Commissione di Diritto Internazionale 1981, pag.40).
In relazione a quanto precede, una volta venuta meno l'esigenza di conservazione e tutela del reperto che ne aveva richiesto il ricovero in territorio metropolitano, e riacquisita la Libia la propria indipendenza, è insorto l'obbligo di restituzione del reperto stesso, trovando applicazione i principi e le Convenzioni sopra indicate nonchè la norma di diritto internazionale consuetudinario, generalmente recepita nei trattati di pace conclusi dopo la prima guerra mondiale, che sancisce il "principio di ricostituzione dei singoli patrimoni culturali (nazionali)" prelevati in occasione di guerre terrestri (cfr. art. 56 del Regolamento annesso alla II Convenzione di codificazione sulle leggi e i costumi delle guerre terrestri adottata all'Aja in data 29.7.1899 e ratificata dall'Italia con R.D.L. n. 504 del 9.12.1900 e art. 46 del Regolamento annesso alla IV Convenzione di codificazione del 18.10.1907, secondo quanto già anticipato nella Dichiarazione di Bruxelles del 1874 sulle norme e consuetudini di guerra, art. VIII); principio richiamato anche di recente nella Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, ratificata con L. 7 febbraio 1958, n. 279 e relativo Protocollo).
L'accordo italo-libico concernente il recupero della statua da parte della Libia–cui è stata data attuazione con il decreto ministeriale impugnato –sancisce perciò un obbligo di restituzione già operante in virtù delle regole di diritto internazionale sopra richiamate e dello specifico impegno al loro rispetto convenzionalmente assunto dallo Stato Italiano mediante la ratifica delle Convenzioni suindicate.
Ne consegue che la tesi della ricorrente, secondo cui il bene non avrebbe potuto essere dismesso dal patrimonio indisponibile dello Stato italiano a sensi dell'art. 826, comma 2, del codice civile, deve essere disattesa.
Dai principi di diritto internazionale generale e dalle fonti convenzionali ora citate consegue, altresì, la reiezione del secondo mezzo di gravame con cui la deducente lamenta che, trattandosi di restituzione di un bene riservato ex lege alla proprietà statale, il provvedimento impugnato non avrebbe potuto disporne il trasferimento, richiedendosi a tal fine un mutamento del regime giuridico del bene, che può essere disposto solo con legge, in quanto fonte di pari grado rispetto a quella che ne ha determinato la classificazione. Precisa l'interessata che a tale declassificazione il Ministro non poteva ritenersi tenuto per effetto degli accordi conclusi dallo Stato Italiano con il Governo Libico, sia in quanto le Intese raggiunte in data 11-13 dicembre 2000 erano prive di valore giuridicamente vincolante sia in quanto, per le medesime ragioni sopraesposte, l'esecuzione di un patto di restituzione di un bene sottoposto ad un regime di proprietà riservata avrebbe dovuto essere approvata solo con legge ordinaria.
Come sopra chiarito, va disatteso l'assunto di fondo su cui si basa l'articolata censura e cioè che l'obbligo di restituzione del bene in contestazione scaturisca da mera fonte pattizia, costituita da specifici accordi bilaterali conclusi con lo Stato Libico. Invero, il dovere di restituzione dell'opera deriva dalle norme di diritto internazionale consuetudinario sopra citate, direttamente operanti all'interno del nostro ordinamento giuridico per effetto dell'art. 10 della Costituzione, e dalle Convenzioni adeguatamente recepite nel nostro ordinamento interno con leggi di ratifica e conseguente ordine di esecuzione.
Comunque, ove pure si volesse seguire la tesi di parte ricorrente ed individuare nell'accordo italo-libico di restituzione, piuttosto che nel diritto internazionale generale, la fonte dell'obbligazione in questione, la prospettazione dell'interessata sarebbe egualmente non condivisibile nella parte in cui asserisce che detto impegno non risulterebbe operante nel nostro ordinamento in quanto l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione avrebbero dovuto essere dati con legge dello Stato.
Solo per la conclusione di trattati internazionali di natura politica o che importano variazioni territoriali o oneri finanziari non preventivati o modificazioni di leggi o che prevedano arbitrati è infatti necessario seguire la procedura formale "solenne", richiedente la previa autorizzazione parlamentare, con legge di ratifica, ai sensi dell'art. 80 della Costituzione. Gli accordi privi di rilevanza politica possono invece essere conclusi mediante forme semplificate - secondo il principio generale della libertà delle forme richiamato dall'articolo 12 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati- cd. accordi in forma semplificata (o "accordi esecutivi"), i quali non richiedono la ratifica del Capo dello Stato, rientrando nella sfera esclusiva dell'azione del Governo, e vengono perfezionati, senza previa autorizzazione legislativa, mediante la semplice sottoscrizione da parte di un rappresentante del Governo (attraverso lo scambio di note diplomatiche e di dichiarazioni congiunte)

ed introdotti nell'ordinamento interno con i citati strumenti, salva comunque la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ai sensi dell'art. 1 della L. 11-12-1984, n. 839.
Vero è che, come precisato dalla ricorrente, pur non essendovi vincoli normativi che prescrivono necessariamente il ricorso ad un tipo di atto piuttosto che all'altro, l'ordine di esecuzione deve essere dato con lo strumento giuridico che occupa, nella gerarchia delle fonti, lo stesso rango delle norme interne che si dovranno modificare; tuttavia nella specie l'accordo non concerne materie regolate da legge o costituenti oggetto di riserva di legge, ma solo la materiale restituzione di un reperto archeologico provvisoriamente ricoverato in Italia.
L'intesa raggiunta con la Parte Libica non implica infatti alcun impegno dello Stato Italiano ad intervenire sulla legislazione nazionale che disciplina il regime giuridico dei beni appartenenti al patrimonio storico-artistico-archeologico, ma comporta solo il più limitato effetto di restituire un determinato bene asportato da un'autorità straniera durante un'occupazione militare; operazione che concerne il singolo bene oggetto dell'obbligo di restituzione e non ha alcun riflesso sul trattamento giuridico previsto in via generale ed astratta per la categoria di beni di appartenenza.
In altri termini, l'accordo in questione non richiede alcuna modifica della disposizione invocata dalla ricorrente, e cioè dell'art. 826 del codice civile, in quanto il contenuto dell'accordo stesso non incide in alcun modo sul regime giuridico generale dei beni di proprietà pubblica e, quindi, sulla norma ora citata.
Ne consegue che l'affermazione della ricorrente secondo cui simili accordi non potrebbero essere conclusi in forma semplificata e dovrebbero essere eseguiti esclusivamente con legge ordinaria va disattesa sia alla luce delle considerazioni sopra riportate sia alla stregua della prassi internazionale in materia, che offre diversi esempi di accordi di restituzione conclusi ed eseguiti nelle forme sopra indicate.
Resta ancora da affrontare la delicata questione del valore e dell'efficacia della "dichiarazione congiunta" relativamente alla restituzione della statua in questione.
La ricorrente invoca, al fine di sminuire il valore giuridico di tale atto internazionale, un passo (isolato) del parere n. 134653/2001 reso dall'Avvocatura Generale dello Stato in merito "alle modalità di restituzione" della statua in contestazione in cui si afferma che l'atto in esame sarebbe privo di valore vincolante.
Tra le varie alternative prospettate nella richiesta di parere (ratifica con legge dell'accordo italo-libico, autonomo atto di liberalità dello Stato Italiano, provvedimento amministrativo di sdemanializzazione), viene posto in risalto dall'Avvocatura l'ultimo degli strumenti sopra indicati, per essere il solo mezzo alternativo alla ratifica legislativa di una specifica convenzione bilaterale sulla restituzione dei beni culturali appresi durante l'occupazione italiana della Cireneaica, non essendo "ratione temporis" applicabile la Convezione U.N.E.S.C.O. del 1970.
Sul punto ritiene il Collegio che il passaggio logico sopra riportato non può essere utilmente invocato a sostegno della tesi attorea.
Nessun dubbio sussiste che nella specie non sia applicabile la Convenzione U.N.E.S.C.O. concernente le misure da adottare per interdire e impedire la illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali, sopra richiamata, firmata a Parigi il 14 novembre 1970, ratificata dall'Italia con l. 30 ottobre 1975 n. 873, in quanto entrata in vigore il 2 gennaio 1979 (tre mesi dopo il deposito dello strumento di ratifica presso la Direzione Generale dell'Organizzazione Internazionale ai sensi dell'art. 21), e quindi non applicabile in caso di bene di interesse archeologico trasferito in epoca anteriore alla sua entrata in vigore.
Da tale incontestata circostanza, tuttavia, non consegue necessariamente che l'unica fonte dell'obbligo di restituzione fosse costituita dagli accordi bilaterali previsti dall'art. 15 della stessa convenzione, la quale sancisce che "la presente convenzione non impedisce in alcun modo agli Stati parti di concludere tra di essi accordi particolari o di proseguire l'esecuzione di accordi già conclusi, concernenti la restituzione di beni culturali esportati per qualche motivo dal loro territorio di origine, prima dell'entrata in vigore della presente convenzione per gli stati interessati".
Nel caso in esame, invero, la normativa di riferimento non è costituita dalla Convenzione UNESCO sul rientro dei beni culturali esportati illegalmente dopo il 1979 oppure ai sensi dell'art. 15 prima citato, per le opere trafugate anteriormente a tale data, da specifici Accordi bilaterali, bensì dalle norme di diritto internazionale sopra specificate poste a tutela delle cose d'interesse storico-artistico-archeologico trasferite in occasione di un'occupazione militare ovvero tese a disciplinare la restituzione dei beni culturali aventi un collegamento col territorio nel caso di Stati usciti dalla fase coloniale; norme che prevalgono, in virtù del loro carattere di specialità, su quelle generali concernenti la tutela e la restituzione delle opere "delocalizzate" in tempo di pace (Convenzione dell'U.N.E.S.C.O. del 1970 e Convenzione dell'UNIDROIT del 1995).
Ciò induce a disattendere altresì la tesi, accennata dalla stessa ricorrente nella memoria depositata il 17.2.2007, tendente ad attribuire valore, ai fini della prescrizione, al lungo tempo decorso dall'epoca dell'acquisizione dell'opera: le ultime due Convenzioni citate, infatti, comportano misure ritenute dalla dottrina "più blande ed arretrate", in quanto non rispondenti a quelle ragioni di urgenza ed eccezionalità che ispirano le consimili norme per il recupero delle opere trafugate in caso di guerra, le quali prevedono una diversa disciplina dell'operatività della prescrizione, che è esclusa nel caso di opere trafugate durante le occupazioni militari. Ne deriva che, trattandosi di un bene asportato dal territorio di un'ex Colonia nella fase della sua occupazione militare da parte di truppe italiane, va escluso che il decorso del tempo abbia consolidato la sua acquisizione al patrimonio storico-artistico-archeologico nazionale.

Tanto precisato in merito al quadro normativo di riferimento, va rilevato che l'obbligo di restituzione della Venere di Cirene, cui lo Stato Italiano era tenuto in virtù dei predetti principi di diritto internazionale, ha comunque costituito oggetto anche di specifici impegni pattiziamente assunti dallo Stato Italiano nei confronti della Repubblica di Libia in data 4.7.1998, come si evince dalla "Dichiarazione Congiunta" prodotta agli atti dallo Stato Estero resistente.
Osserva al riguardo il Collegio che l'impegno alla restituzione di "tutti i manoscritti, reperti, documenti, monumenti e oggetti archeologici trafugati in Italia durante e dopo la colonizzazione italiana della Libia, secondo la Convenzione dell'U.N.E.S.C.O. del 14.11.1970 su importazione, esportazione e trasferimenti illeciti di beni culturali" contenuto nella medesima Dichiarazione Congiunta non configura una mera dichiarazione programmatica o di intenti, ma assume valore di vero e proprio obbligo internazionale, giuridicamente vincolante, atteso che la formulazione del testo non lascia alcun dubbio in merito alla volontà degli Stati contraenti di definire in tal senso le reciproche posizioni giuridiche, ancorché la sua esecuzione, richiedendo lo svolgimento di complesse attività di attuazione volte ad individuare e localizzare i beni oggetto del (generico) impegno di restituzione, sia stata rinviata ad un momento successivo rispetto alla conclusione del patto di restituzione (come si evince dalla contestuale precisazione che "I due Paesi collaboreranno per individuare tali manoscritti, reperti, documenti, monumenti, pezzi archeologici ed oggetti ed indicarne l'ubicazione").
In tale prospettiva, appare evidente che gli ulteriori accordi conclusi in occasione della Prima Sessione del Comitato per il Partenariato Italo Libico in data 11-13 dicembre 2000, costituiscono una mera attuazione dell'accordo sopraindicato, mediante specificazione ed indicazione dei singoli beni culturali oggetto dell'impegno generico di restituzione assunto con la Dichiarazione Congiunta del 4.7.1998, la quale prevedeva una ulteriore fase di cooperazione bilaterale volta ad individuare i beni trafugati e ad indicarne l'ubicazione, come si evince dalla stessa titolazione della relativa parte della medesima Dichiarazione ("Attuazione del Comunicato Congiunto"), ove si dà atto della formulazione di un accordo predisposto nel corso della riunione del Comitato Misto di esperti Libici ed Italiani e dell'apprestamento della restituzione della copia romana di statua ellenistica in questione.
A fronte di quanto sopra evidenziato, e cioè che l'opera oggetto di promessa di restituzione costituisce un bene proveniente da operazioni di trasferimento effettuate da militari italiani durante il periodo di belligeranza e che l'impegno a ricollocarla nel Paese di provenienza è stato assunto dallo Stato Italiano nell'ambito di un complesso negoziato - volto a sancire la cooperazione degli Stati contraenti in diversi settori e a "normalizzare" le relazioni diplomatiche mediante la soluzione di spinosi problemi relativi al periodo coloniale, non vale opporre i limiti alla circolazione giuridica dei beni di proprietà pubblica previsti nell'ordinamento interno, atteso che detti vincoli non sono idonei ad escludere il dovere di restituzione dell'opera di cui si tratta.
Legittimamente, quindi, con il gravato decreto ministeriale è stata data attuazione all'impegno di restituire la Venere di Cerene al Paese di provenienza già assunto dal Governo in sede internazionale, poichè, in tale prospettiva, l'adozione del provvedimento di sdemanializzazione costituisce per l'autorità amministrativa un atto vincolato.
Va pertanto disattesa la censura in esame, in quanto fondata sull'erronea qualificazione dell'atto impugnato come provvedimento amministrativo con cui il Ministro dei Beni Culturali ha autonomamente disposto, nell'ordinario esercizio delle proprie attribuzioni ed in particolare della scelta dei mezzi di tutela o di gestione delle opere artistico-archeologiche, un'arbitraria dismissione di un bene di cui era tenuto a curare la conservazione.
Non può essere del pari condiviso l'ultimo motivo di ricorso, con cui viene censurata la motivazione del provvedimento impugnato sotto il profilo della sua perplessità.
La ricorrente ritiene che l'atto impugnato possa costituire un precedente che rischierebbe di depauperare il patrimonio artistico-archeologico nazionale e lamenta che la evidenziata esigenza di collocare la statua "presso il contesto culturale di appartenenza" sarebbe insussistente, trattandosi di copia romana di un originale greco di epoca ellenistica, per la quale il contesto artistico-culturale di riferimento sarebbe quello dell'arte europea piuttosto che dell'arte islamica con la conseguenza che l'opera dovrebbe essere mantenuta dove attualmente si trova.
Il Collegio non ritiene di poter condividere la doglianza, sia sotto il profilo della estraneità dell'opera al contesto culturale libico, sia sotto l'aspetto del rischio eventuale di avallare una dissennata politica di depauperamento del patrimonio artistico-archeologico nazionale.
Per quanto concerne il primo argomento, non sembra plausibile il giudizio di "estraneità" artistica al mondo culturale libico di un'opera di epoca ellenistica: dal punto di vista storico, infatti, la Libia presenta importanti insediamenti di epoca romana ad (es. Sabrata, Leptis Magna) avendo anche dato i natali ad un imperatore romano (Settimio Severo); dal punto di vista artistico, il periodo alessandrino è notoriamente caratterizzato proprio da un forte "internazionalismo" e dallo scambio stilistico tra elementi provenienti dall'arte orientale ed occidentale, ulteriormente sviluppato proprio dall'arte islamica.
Relativamente al secondo argomento, costituisce fatto notorio che anche il patrimonio artistico - archeologico nazionale è stato gravemente depauperato nel corso dell'ultimo conflitto sicchè la riaffermazione del principio del diritto di restituzione delle opere illegittimamente confiscate nel periodo di guerra non comporta certo il rischio di una ulteriore diminuzione del patrimonio stesso, ma offre piuttosto un precedente utile per promuovere il recupero, a favore dell'Italia, dei reperti trafugati da altri Stati.

Disattesa anche quest'ultima censura, il ricorso va conclusivamente respinto.
Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare interamente fra le parti le spese di lite.
P.Q.M.
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione II quater - respinge il ricorso in epigrafe.
Spese compensate.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 28 febbraio 2007 con l'intervento dei Magistrati:
Italo RIGGIO Presidente
Renzo CONTI Consigliere
Floriana RIZZETTO Primo Referendario, estensore
Depositata in Segreteria il 20 aprile 2007

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza