

ESTRATTO

# VITA NOTARILE

*fondata da Giacomo Buttitta*

**Paolo Divizia e Luca Olivieri**

RAPPORTI FRA PRELAZIONI LEGALI ED OPERAZIONI  
DI FUSIONE E SCISSIONE. LETTURA CRITICA DEL PROBLEMA  
FRA DIRITTO AMMINISTRATIVO ED ATTIVITÀ NOTARILE

*Estratto dalla Riv. «VITA NOTARILE» - N. 1/2009*

internet: [www.vitanotarile.it](http://www.vitanotarile.it) • email: [vitanotarile@exit.it](mailto:vitanotarile@exit.it)

e  
**GB**  
VITA NOTARILE  
EDIZIONI GIURIDICHE  
BUTTITA  
PALERMO

Paolo Divizia e Luca Olivieri

## RAPPORTI FRA PRELAZIONI LEGALI ED OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE. LETTURA CRITICA DEL PROBLEMA FRA DIRITTO AMMINISTRATIVO ED ATTIVITÀ NOTARILE

**Sommario:** Introduzione. - Parte prima (\*): 1. La natura giuridica della fusione: l'intervento delle Sezioni Unite. - 1.1. La natura giuridica della fusione prima e dopo la riforma del diritto societario. - 2. La natura giuridica della scissione nell'economia del presente contributo. - 3. Rapporti tra prelazione legale ed operazioni di fusione e scissione. - 3.1. Presupposti comuni alle figure di prelazione legale. - 4. Prelazione agraria. - 5. Prelazione urbana. - Parte seconda: 6. Prelazione artistica. - 6.1. Funzione e ratio: l'istituto prelatizio come strumento dell'azione amministrativa nella tutela del patrimonio storico-artistico nazionale. - 6.2. Natura giuridica. - 6.3. Differenze dalle altre fattispecie di prelazione legale. - 7. Disciplina in materia di beni culturali e operazioni di fusione e scissione. (*segue*) Una precisazione metodologica. - 7.1. Fusione. - Parte terza: 7.2. Scissione. - 8. Individuazione del momento in cui deve essere effettuata la denuncia. - 9. Conseguenze del mancato rispetto della disciplina dei beni culturali e divieto di consegna. - 10. Disciplina dei beni culturali e trasformazione di società: alcune riflessioni più attente ai profili pubblicistici. - 11. Cenni sui possibili rapporti tra clausole di prelazione statutarie e operazioni di fusione e scissione.

### PARTE SECONDA

#### 6. *Prelazione artistica*

Quanto esposto nella prima parte non è sufficiente per escludere l'applicabilità nei procedimenti di fusione e scissione della prelazione artistica, che,

---

(\*) La Parte prima del presente lavoro è stata pubblicata nel n. 3/08 di questa Rivista, p. 1691 ss.; la Parte terza sarà pubblicata nel n. 2/09.

Il presente contributo è dovuto a riflessioni comuni dei due Autori, ai quali peraltro la stesura del lavoro è così imputabile: a Paolo Divizia, Avvocato e Prof. a contratto Univ. degli Studi di Genova, i paragrafi: Introduzione, 1. e 1.1., 3 e 3.1., 6 - 6.1., 6 - 6.2., 7 e 7.1. e 10, a Luca Olivieri, Avvocato, i paragrafi: 2, 4, 5, 7.2., 8, 9 e 11.

L'istituto della prelazione si colloca nel novero degli strumenti a disposizione dello Stato per ampliare il patrimonio artistico pubblico incidendo sul meccanismo circolatorio dei beni di interesse culturale, ponendosi idealmente a metà strada fra l'acquisto nel libero mercato e la soluzione espropriativa.

Da un lato, è pacifico infatti che lo Stato possa, al pari di ogni operatore privato, acquistare cose d'antichità e d'arte (anche immobili) utilizzando gli ordinari strumenti di diritto privato (69); dall'altro, l'espropriazione resta lo strumento giuridico istituzionalmente preposto a realizzare – per il soddisfacimento di un preminente interesse pubblico – il trasferimento coattivo di determinati beni dalla titolarità privata a quella pubblica (70).

La prelazione è un mezzo di intervento nelle sorti circolatorie dei beni artistici privo dei caratteri tipici della coattività e della imperatività.

Come verrà di seguito approfondito, la c.d. prelazione artistica si differenzia rispetto allo strumento ablativo sotto due importanti profili: da un lato, il potere di acquisto pubblicistico si fonda su un prodromico atto di disposizione del bene da parte del privato, che costituisce presupposto operativo per l'istituto prelazio, non potendosi infatti prescindere da una iniziale volontà dismissiva manifestata dal titolare del bene; dall'altro, mentre il regime compensativo in materia di esproprio è storicamente fondato su una concezione meramente indennitaria, nel caso di prelazione il *quantum* dovuto al proprietario del bene che *lato sensu* subisce l'esercizio della prelazione assicura la piena soddisfazione del trasferente e la completa reintegrazione patrimoniale (71).

L'istituto in parola subisce storicamente più di una formulazione legislativa. Sotto la vigenza dell'attuale Codice dei beni culturali, la disciplina della prelazione artistica trova collocazione negli articoli 60 e seguenti; in particolare l'art. 60 precisa che i soggetti legittimati *ex lege* (ossia Ministero, Regione ovvero altro ente pubblico territoriale interessato) possono perfezionare "in via di prelazione" l'acquisto di un bene culturale trasferito (termine uti-

(69) A tale riguardo giova riportare il dettato dell'articolo 1 comma 1-bis della novella legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Fra i contributi dottrinali più significativi a riguardo si segnala G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 481 e ss., e M. C. Cavaliaro, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 39 e ss.

(70) È stato tuttavia precisato in dottrina a proposito dell'espropriazione che "costituisce anch'esso mezzo insostituibile della tutela del patrimonio culturale quando l'acquisto del singolo bene è la necessaria e specifica premessa per ulteriori interventi a fini culturali (si pensi alla espropriazione per ricerche archeologiche o per la sistemazione di scavi archeologici, o ancora per il restauro e l'apertura all'uso pubblico di un monumento) con una maggiore aderenza all'ordinario impiego dell'istituto, tradizionalmente volto a fini di trasformazione dei beni espropriati..." cfr. T. Alibrandi - P. Ferri, *op. cit.*, p. 475.

(71) Nel caso di prelazione, vi è chi in dottrina parla di "equivalenza soggettiva", poiché per lo Stato prelazionario il riferimento è dato dal prezzo espresso in seno all'atto di alienazione, cfr. P. G. Ferri, *Osservazioni in tema di prezzo di acquisto di cose d'arte presentate all'esportazione*, in *Riv. avv. amm.*, 1983, fasc. n. 5, pp. 308 e ss.

per le peculiarità della sua natura e della disciplina, pur essendo un'ipotesi di prelazione prevista dalla legge, non può essere aprioristicamente classificata nella categoria delle "prelazioni legali", dalle quali si differenzia per molteplici aspetti.

Per comprendere tali diversità, occorre dar conto del dibattito, ancora vivo, sulla funzione e sulla natura giuridica della prelazione artistica. f

#### 6.1. Funzione e ratio: l'istituto prelazio come strumento dell'azione amministrativa nella tutela del patrimonio storico-artistico nazionale

Tradizionalmente l'istituto della prelazione artistica (unitamente alla misura più incisiva della c.d. espropriazione per interesse culturale) si inserisce nel novero degli strumenti a disposizione della pubblica Amministrazione per esercitare – in perfetta aderenza al precetto di cui all'art. 9 Cost. – un'attività di controllo, protezione ed incremento del patrimonio culturale della nazione (68).

Premiata ai nostri fini è la disamina di questa attività di ampliamento del patrimonio artistico in mano pubblica che lo Stato tradizionalmente persegue attraverso un complesso tipizzato di strumenti giuridici.

I beni dotati di un profilo di interesse artistico e culturale sono, infatti, storicamente ripartiti fra i regimi di proprietà pubblica e privata e la condizione giuridica degli stessi è quella di *res in commercio* regolata, tuttavia, ad un tempo, sia dalle norme di diritto comune sia da alcune specifiche disciplinate di matrice pubblicistica.

(68) In ordine alla portata dell'articolo 9 della Costituzione sia sufficiente rinviare *ex multis* ai contributi di F. Merusi, *Commento all'art. 9*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 434 e ss.; M. S. Giannini, *Sull'art. 9 Cost.*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, pp. 436 e ss.; J. Luther, *La tutela costituzionale della cultura e dell'ambiente*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, pp. 39 e ss. In materia si segnala anche Corte Cost., 20 giugno 1995, n. 269 (in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1918 e ss., con nota di M. A. Schio, *La prelazione artistica al vaglio della Corte Costituzionale*, ed in *Riv. giur.*, ed., 1996, pp. 10 e ss., con nota di M. R. Cozzato Quadri, *La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale*, in cui si ribadisce che "... il carattere del tutto peculiare del regime giuridico fissato per le cose di interesse storico e artistico dalla legge 1089 del 1939 e, nell'ambito di tale regime, dell'istituto della prelazione storico-artistica; un regime che trova nell'art. 9 della Cost. il suo fondamento e che si giustifica nella sua specificità in relazione al fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese".

Più in generale, il tema della prelazione artistica è stato oggetto di approfondimenti che si inseriscono in studi di settore dedicati ora alla prelazione legale ora alla disciplina dei beni culturali, fra i contributi più risalenti si segnalano M. D'Orazi Flavoni, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950; M. Cantucci, *La prelazione dello Stato nelle alienazioni onerosive delle cose di interesse artistico-storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 581 e ss.; G. Furguele, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; T. Alibrandi - P. Ferri, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 1985, pp. 470 e ss.; L. V. Moscarini, voce "Prelazione legale", in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985; A. Caracciolo La Grotteria, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali sub condizione dell'esercizio del "diritto di prelazione"*, in *Foro amm.*, 1992, 1991, II, pp. 957 e ss.; M. R. Cozzato Quadri, *La circolazione delle cose d'arte*, Napoli, 1997, pp. 47 e ss.; fra gli scritti più recenti si segnalano AA. VV., *Il commercio giuridico dei beni culturali* (collana Quaderni Notariato), Milano, 2001 e A. Pischetola, *Circolazione dei beni culturali e attività notarile* (collana Quaderni Notariato), Milano, 2006.

lizzato in questa sede in chiave volutamente generica ed oggetto di analisi *in fra* a titolo oneroso al medesimo prezzo originariamente dichiarato in atti dalle parti.

Anche in questo frangente la ricerca di una precisa qualificazione della natura giuridica dell'istituto prelativo è tema preliminare alla successiva indagine giuridica di interesse (significativo è infatti detto inquadramento dogmatico in ordine alla soluzione di problematiche di ordine pratico offerte dall'attività notarile).

## 6.2. Natura giuridica

Il problema riguarda, essenzialmente, la possibilità di accomunare detto istituto alle altre fattispecie di prelazione legale di diritto comune oppure di configurarlo come fattispecie pubblicistica.

Il principale ed innegabile aspetto di carattere privatistico che accomuna la prelazione artistica agli altri tipi di prelazione legale è costituito dal fatto che l'attivazione del diritto riservato al prelatore è dipendente dall'iniziativa privata, ossia, in altre parole, dalla scelta di disporre a titolo oneroso di un bene di interesse culturale.

Lo Stato (o gli altri enti), infatti, non può avanzare alcuna pretesa in assenza di un negozio dispositivo riconducibile a quelli tipizzati *ex lege* e neppure può stabilire, in caso di compravendita, il prezzo, che resterà quello determinato dalle parti del contratto.

In tal senso, si è detto che, in considerazione degli interessi pubblici sostanziali, il meccanismo previsto dalla legge non modifica il regolamento negoziale predisposto dalle parti, ma non fa altro che "deviare l'effetto traslativo voluto dal proprietario verso un soggetto diverso da quello designato dalle parti con il negozio" (72).

Tale "sostituzione" soggettiva non va assolutamente confusa con la surrogazione che ricorre negli altri tipi di prelazione legale, perché, in questo caso, l'acquisto (e, quindi, l'effetto traslativo conseguente all'esercizio del diritto di prelazione) non avviene attraverso il subingresso dello Stato nel contratto stipulato dalle parti, ma mediante l'emanazione di un provvedimento amministrativo *ad hoc* (73).

(72) Questa espressione è stata utilizzata da T. Alibrandi - P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 503.

(73) Più precisamente, ai sensi dell'art. 62, comma terzo, l'effetto traslativo si verifica con l'ultima delle notificazioni del provvedimento. Si è, così, superata la questione relativa alla sussistenza o meno del carattere recettizio di detto provvedimento (la giurisprudenza passata si era, comunque, già espressa in tal senso: v. Cass. SS. UU. 1 luglio 1992, n. 8079, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 75 e ss., con nota di A. Pagano, *Questioni di giurisdizione in tema di esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato*; Cass. S.U. 6 maggio 1994, n. 4386, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 1240 e ss., con nota di A. Pagano, *Riparto della giurisdizione e prelazione di cose d'interesse storico ed artistico*; Cons. Stato, Sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 706, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1283; Cons. Stato, Sez. VI, 28 agosto 1995, n. 819, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1138 ed in *Foro it.*, 1996, III, 91.

La dottrina (74) e la giurisprudenza (sia di legittimità (75) che del giudice amministrativo (76)) prevalenti ritengono, tuttavia, che l'istituto abbia

(74) A favore della teoria "pubblicistica" si sono espressi M.S. Giannini, *I beni pubblici*, p. 91 (il quale specifica che "la dottrina più accreditata ritiene che nella specie si abbia un provvedimento amministrativo ablativo ad effetti bilaterali, appartenente alla categoria delle alienazioni coattive"); M. Cantucci, *op. cit.*, 1952, pp. 581 e ss.; U. Salvestroni, *La prelazione agraria e la prelazione "artistica" dello Stato nella gerarchia delle prelazioni legali e nella teoria dei "diritti condizionati"*, in *Giur. agr.*, 1981, pp. 524 e ss.; M. Rossano, *Prelazione dello Stato sulle cose di interesse artistico e storico*, in *Prelazione e retratto*, Seminario condotto da G. Benediti e L.V. Moscarini, Milano, 1988, pp. 522 e ss.; F. Formentin, voce *Prelazione a favore della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XI, Torino, 1996, pp. 410 e ss.; G. Celeste, *Beni culturali: Prelazione e circolazione*, in *Riv. Not.*, 2000, pp. 1121-1123. È stato affermato, a favore della teoria "pubblicistica" che il testo dell'art. 60 del Codice dei beni culturali non riporta più la locuzione "diritto di prelazione" (utilizzata nel T.U. 490/99 e nella legislazione previdente), ma solamente la parola "prelazione": in tal senso, v. S. Foa, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, p. 477; contra, G. Fares, *La prelazione artistica nel codice dei beni culturali*, in *Studium Iuris* n. 2/2006, p. 150, il quale ritiene che l'argomento basato sulla modifica letterale non abbia carattere decisivo e debba essere ridimensionato.

La citata posizione assunta dal noto giurista M.S. Giannini è condizionata dalla più risalente ricostruzione dogmatica offerta da S. Pugliatti, *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931, pp. 63-66. Il Pugliatti, tuttavia, opera una distinzione che è bene ricordare. Da un lato, egli riconosce l'esistenza di un diritto di prelazione spettante al Governo con cui si può addiventare all'esclusione del terzo-acquirente, versando al disponente originario "il prezzo stabilito nel contratto di alienazione". In detta ipotesi, secondo l'autore, si tratterebbe "solo di un diritto di prelazione nascente *ex lege* (ndr, la fonte è l'art. 6 della legge 20 giugno 1909, n. 364): l'acquisto effettuato mediante l'esercizio di tale diritto, è sempre effetto di una vendita volontaria. Il proprietario è solo vincolato, per legge, in rapporto alla scelta della persona dell'acquirente; e anche questo vincolo viene meno se lo Stato non esercita, nel termine legale, il diritto di prelazione". Dall'altro lato, invece, l'autore riconduce nell'alveo dei veri e propri trasferimenti coattivi la disposizione contenuta nell'art. 15 comma 2 della legge 20 giugno 1909, n. 364 secondo cui "le cose scoperte appartengono allo Stato". Detta norma si occupa espressamente dei beni archeologici (fattispecie più ristretta rispetto a quelli di interesse storico-artistico) che possono essere rinvenuti nel sottosuolo, eseguendo degli scavi. In tal caso, osserva l'autore la legislazione di settore inventerebbe il principio "sancto nell'art. 714 c.c., per cui il tesoro appartiene al proprietario del fondo in cui si trova".

Tra gli autori che inseriscono la prelazione artistica nel novero delle prelazioni legali, invece, si ricordano: M.R. Cozzuto Quadri, *op. cit.*, Napoli, 1997, pp. 47 e ss.; M.E. Poggi, *La circolazione dei beni culturali di proprietà privata*, in *Conti e impr.*, 1986, pp. 421; M. Bernaboni, *Natura negoziale della prelazione dello Stato e sua riconducibilità alla categoria delle prelazioni legali*, in *Prelazione e retratto*, Seminario condotto da G. Benediti e L.V. Moscarini, Milano, 1988, pp. 525 e ss.

Gli argomenti addotti dalla teoria pubblicistica vengono analiticamente criticati anche da R. Tazio, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, III edizione, Milano, 2004, pp. 47 e ss.

(75) Cass., 23 gennaio 1953, n. 204, in *Giust. Civ.*, 1953, I, pp. 304 e ss.; Cass. SS. UU., 25 ottobre 1957, n. 4118, in *Foro Amm.*, 1958, II, I, pp. 235 e ss.; Cass. 21 agosto 1962, n. 2613, in *Foro Amm.*, 1963, I, pp. 303 e ss.; Cass., 17 gennaio 1985, n. 117, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, pp. 335 e ss., con nota di M.R. Cozzuto-Quadri, Cass., 29 novembre 1989, n. 5206, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 188 (con nota di M.R. Cozzuto-Quadri, *Alienazione di beni di interesse storico o artistico - Diritto di prelazione dello Stato*) ed in *Giur. Agr. It.*, 1990, II, pp. 352 e ss.; Cass., 1° giugno 1992, n. 6612; Cass. SS. UU., 1° luglio 1992, n. 8079, in *Foro it.*, 1992, Rep. voce *Antichità e belle arti*, nn. 74 e 73; Cass. SS. UU., 19 marzo 1994, n. 228, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 739 e ss.; Cass. SS. UU., 6 maggio 1994, n. 4386, *cit.*; Cass., 21 giugno 1995, n. 7020, in *Foro it.*, 1996, I, 2186. In tal senso anche la Corte Costituzionale, che, con la sentenza 20 giugno 1995, n. 269, *cit.*, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 61 della legge 1089 del 1939 allora vigente, in relazione alla disparità di trattamento del privato proprietario del bene soggetto a prelazione rispetto al privato proprietario di bene assoggettato a procedura di espropriazione.

(76) Cons. Stato, 23 marzo 1982, n. 129, in *Foro it.*, 1982, III, pp. 285 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 1987, n. 400, in *Foro Amm.*, 1987, pp. 1455 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI,

carattere pubblicitario, in quanto costituisce espressione di un potere di supremazia dello Stato ed è diretto a tutelare gli interessi pubblici della conservazione dei beni culturali e della loro accessibilità e fruizione da parte dei cittadini (77).

Tale orientamento è, però, ulteriormente suddiviso tra coloro che inquadrano il provvedimento di esercizio della prelazione artistica fra gli atti coattivi con natura espropriativa e coloro che escludono (78) tale classificazione, ritenendo che tale fattispecie abbia carattere prevalentemente ablativo (79), ma non coattivo.

Si evidenzia (80), infatti, che l'iniziativa resta, come già detto, privata e che l'Amministrazione non può attivare il relativo procedimento in assenza di un negozio predisposto dalle parti e, quindi, di una volontà del proprietario di disporre del bene.

Si è, inoltre, rilevato (81), che, in caso di esercizio della prelazione, l'Amministrazione resta obbligata a pagare il prezzo pattuito dalle parti e non un mero "indennizzo", come nel caso dei provvedimenti espropriativi.

30 gennaio 1991, n. 58, in *Foro Amm.*, 1991, pp. 86; Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 1992, n. 226, in *Cons. Stato*, 1992, I, pp. 585 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 1993, n. 627, in *Cons. Stato*, 1993, I, pp. 1131 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 706, in *Cons. Stato*, 1993, I, pp. 1283; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1899 in *Foro Amm.*, *CDS*, 2002, 962; T.A.R. Molise, 27 marzo 2003, n. 296, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, pp. 1354 e ss.

(77) Anche sull'esatta individuazione della funzione della prelazione non vi è concordia di opinioni. In tal senso, v. G. Celeste, *op. cit.*, in *Riv. Not.*, 2000, pp. 1096-1097 e le opere ivi citate.

(78) A. Mansi, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004, pp. 272-273, critica la posizione della giurisprudenza e afferma che il provvedimento di esercizio della prelazione non costituisce un atto autonomo di natura ablativa, ma "un atto conseguente ad un precedente [...] decreto di vincolo, del quale rappresenta una delle ipotizzabili successive vicende".

(79) L'accoglimento della teoria della prelazione artistica come provvedimento ablativo ha come conseguenza anche la necessità di indicare, nel decreto di esercizio, una motivazione, in quanto "l'obbligo di motivazione è connotato a tali provvedimenti" (come osserva T. Alibrandi - P. Ferri, *op. cit.*, pp. 514-515).

Si è, tuttavia, rilevato (A. Mansi, *op. cit.*, pp. 254-255), che non sono necessarie una motivazione esauriente e l'esposizione dei motivi concreti che hanno condotto all'esercizio della prelazione, poiché tale facoltà è riconosciuta allo Stato dalla legge e costituisce "conseguenza del precedente provvedimento amministrativo che riconosce l'interesse culturale" del bene.

In assenza di una prescrizione della legge, anche in giurisprudenza si è ritenuto che la motivazione possa essere individuata per sommi capi (Cons. Stato, 23 marzo 1982, n. 129, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1988, n. 323 in *Cons. Stato*, 1988, I, p. 324; Cons. Stato, 3 aprile 1992, n. 226, cit., escludendo, però, la possibilità di esercitare la prelazione per scopi radicalmente diversi dalla tutela, valorizzazione e fruizione del bene (cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 1982, n. 129, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1296, in *Foro it.*, 1998, III, pp. 606 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923, in *Foro Amm.*, 2001, I, pp. 590 e ss.; in senso contrario, Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889, in *Cons. Stato*, 2000, I, pp. 850 e ss.) o con il mero riferimento all'opportunità di acquisizione del bene al Demanio dello Stato (Cons. Stato, 3 aprile 1992, n. 226, cit.).

(80) In tal senso, v. A. Pischetola, *op. cit.*, p. 43, il quale evidenzia che "la manifestazione di quel potere straordinario, attuata attraverso la prelazione, presuppone l'esistenza di quel negozio stesso, non potendone prescindere".

(81) Precisando che la mancata effettuazione di tale pagamento non incide sul trasferimento della proprietà del bene all'Amministrazione, ma comporta soltanto la sua responsabilità per inadempimento: v. Cass., 29 novembre 1989, n. 5206, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1125 e Cass. 5 agosto 1996, n. 7142, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 1105.

Da quanto sopra esposto e a prescindere dall'adesione ad uno o all'altro degli orientamenti citati, sembra indubbio che la prelazione artistica assumi caratteri pubblicitari (forse prevalenti) a caratteri privatistici (82).

Ci si sente, comunque, di condividere la sopra citata teoria di chi ritiene che, nonostante la prevalenza dei caratteri pubblicitari, non si possa attribuire a detto istituto carattere espropriativo o coattivo.

A tal proposito, può osservarsi che il Codice dei beni culturali, quando lo ha ritenuto necessario, ha previsto espressamente (artt. 95-100), lo strumento dell'espropriazione (83), con il consueto presupposto della dichiarazione di pubblica utilità.

Presenta, inoltre, connotati decisamente pubblicitari ed è orientata ad una vera e propria espropriazione, in quanto può operare anche in assenza di una volontà di alienare il bene da parte del privato, la c.d. prelazione in caso di esportazione (84), prevista all'art. 70 del Codice, non a caso rubricata "Acquisto coattivo" (85).

Sul punto merita esser fatta una precisazione, al fine di coordinare la previsione del primo comma dell'art. 60 del Codice dei Beni Culturali con i successivi commi secondo e terzo. L'esercizio della prelazione comporta, per regola generale, l'acquisizione del bene risultante dal negozio che costituisce presupposto all'esercizio prelativo. La legge, in altri termini, mira a far acquisire alla mano pubblica beni di particolare interesse storico o artistico, senza però arrecare alcuno svantaggio economico al proprietario che si sia determinato all'alienazione. Quant'è, tuttavia, il bene culturale sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza corrispettivo in denaro o sia permutato, la determinazione del corrispettivo ai fini della prelazione avviene d'ufficio da parte del soggetto pubblico che la esercita. In questo frangente pare, dunque, venir meno quel profilo di attenzione verso il proprietario del bene, affinché questi non subisca nocumento economico dal trasferimento, atteso che il valore così determinato ben difficilmente coinciderà con quello pattuito dalle parti. Sul punto, parte della dottrina ha osservato che è la qualità del soggetto prelatario a sorreggere idoneamente l'esercizio del potere di "prima determinazione di un prezzo di acquisto qualora esso non emerga dall'atto" (così A. Anguili, V. Caputi Jambrenghi, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, p. 181). La legge prevede comunque un correttivo, consentendo all'alienante di non accettare la determinazione offerta, facendo sì che essa venga affidata ad un terzo - nominato con le modalità indicate dalla legge - il quale svolgerà una funzione sostanziale di arbitraggio (incompatibile con la connotazione pubblicistica della fattispecie), però, una decisione rimessa al mero arbitrio, cfr. F. De Maria, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2004, sub. artt. 60-62, pp. 288).

(82) Ai fini del presente lavoro, l'analisi della natura giuridica della prelazione artistica rievoca soltanto al fine di distinguere quest'ultima dagli altri tipi di prelazione legale; per quanto riguarda altri aspetti pratici, la soluzione del problema della natura giuridica in senso privatistico consentirebbe di applicare gli istituti civilistici del mutuo dissenso, del recesso: v. F. Toschi Vespasiani, *La circolazione dei "beni culturali": la fattispecie traslativa tra i figli giuridici e interesse pubblico alla luce del testo unico n. 490/1999*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1-2/2003, pp. 320 e ss. e C. Fabbriatore - A. Scarpa, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 1998, pp. 143-145.

(83) Sul argomento, v. A. Barbieri, sub Capo VII Espropriazione, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di M. A. Sandulli, pp. 95-100.

(84) L'elenco dei beni soggetti alla disciplina dell'art. 70 è contenuto nell'art. 65 ed il presupposto è l'intenzione da parte di un soggetto di "farli uscire in via definitiva dal territorio della Repubblica" (art. 68). È necessaria una denuncia con l'indicazione del valore venale del bene per ottenere un certificato di libera circolazione.

(85) Sul parallelo tra la prelazione ex art. 60 e quella ex art. 70, v. A. Mansi, *op. cit.*, p. 286 e C. Piamonti, sub art. 70, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di M. A. Sandulli, pp. 541-543, che ritiene l'acquisto coattivo un istituto sui generis, distinto sia dalla prelazione artistica che dall'espropriazione.

### 6.3. Differenze dalle altre fattispecie di prelazione legale

Anche a prescindere dalla questione sulla sua natura giuridica, non può non rilevarsi che la disciplina della prelazione artistica presenti diversi caratteri che la differenziano dagli altri tipi di prelazione legale: detta prelazione, infatti, seppur accomunata (anche a fini classificatori), sotto il profilo della fonte, alle altre tipologie descritte (agraria e urbana), da queste si distacca evidenziando profili strutturali assolutamente originali (86).

In primo luogo, il diritto di prelazione, pur essendo diretto, come nelle altre ipotesi previste dalla legge, alla tutela di interessi pubblici, è attribuito dalla legge non ad un soggetto privato, ma alla Pubblica Amministrazione (87) (Ministero o enti pubblici territoriali: cfr. art. 60, comma 1).

In secondo luogo, il criterio dell'infungibilità della prestazione (nel senso di impossibilità di soddisfare il requisito della "parità di condizioni"), che costituisce, nelle altre ipotesi di prelazione legale, un argine all'esercizio del diritto da parte del prelazionario, in materia di prelazione artistica perde decisamente rilevanza (88).

Questa affermazione è suffragata da diversi riferimenti testuali.

Innanzitutto, va osservato che il Codice dei beni culturali prevede espressamente l'operatività della prelazione nelle ipotesi di conferimento in società (art. 60, comma 1) (89), permuta (art. 60, comma 2) (90), c.d. "vendita di massa" (art. 60, comma 2), *datio in solutum* (art. 60, ultimo comma) e, con

(86) La differenza tra prelazione artistica e prelazioni legali è sottolineata anche da G. Celeste, *op. cit.*, in *Riv. Not.*, 2000, pp. 1074-1075, che, per tale motivo, esclude l'applicabilità per via analogica alla prima della disciplina delle seconde.

(87) Ed in ragione di ciò la componente pubblicistica può dirsi ancora più accentuata rispetto agli altri tipi di prelazione legale analizzati in cui l'interesse pubblico si realizza mediamente, attraverso cioè la primaria soddisfazione di uno specifico interesse privato, ritenuto più meritevole dalla legge (si pensi all'interesse del conduttore all'acquisto in proprietà dello stabile in cui esercita la propria impresa). Per un esame delle altre ipotesi in cui il diritto di prelazione è attribuito alla Pubblica Amministrazione, v. L. Formentin, *op. cit.*, p. 413.

(88) Questo profilo è stato evidenziato da M. E. Poggi, *op. cit.*, pp. 418-419 e C. Fabricatore - A. Scarpa, *op. cit.*, pp. 136-138.

(89) Questa ipotesi è stata aggiunta dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156. Prima della modifica è stata sostenuta l'opinione contraria da C. Fabricatore - A. Scarpa, *op. cit.*, pp. 169-171 (ove si osserva che l'atto di conferimento presenta una corrispettività "mediata ed indiretta" e, quindi, non rilevante ai sensi della disciplina sui beni culturali) ed in senso analogo cfr. T. Altibrandi - P. Ferri, *op. cit.*, pp. 523-524; per l'opinione favorevole si veda A. Mansi, *op. cit.*, p. 246 e M. Stella Richter jr., *Appunto preliminare in tema di conferimento in società di beni in natura e diritto di prelazione*, Studio CNN 1706 approvato dalla Commissione Studi di Civilistici 21 luglio 1997, consultabile su [www.notarato.it](http://www.notarato.it), in cui si rinvia altresì a M. Ieva, *Vincoli formali e corredo documentale nella fase costitutiva delle società in nome collettivo e in accomandita semplice*, in *Riv. not.*, 1989, pp. 1063 ss.

Fra i contributi più recenti si segnalano: G. Margiotta, *Conferimento in società e prelazione artistica*, in *Le società*, 2007, pp. 1089 e ss.; M. Caccavale, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione artistica*, in *Notariato*, 2007, pp. 686 e ss.; P. Divizia, *Il conferimento in società di capitali del bene di interesse storico-artistico. Riflessioni in ordine alla applicabilità della prelazione artistica alla fattispecie della permuta era stata già affermata, prima dell'espressa introduzione nel dettato di legge avvenuta ad opera del d.lgs. 42/2004*, da T. A. R. Trentino Alto Adige, Sez. Bolzano, 28 febbraio 1995, n. 35, in *Trib. Ann. Reg.*, 1995, I, p. 1663.

una clausola generale molto ampia, ogniqualvolta il bene vincolato "sia ceduto senza previsione di un corrispettivo in denaro" (ovviamente sempre nei limiti di un'alienazione a titolo oneroso).

In tutti queste ipotesi di acquisto a titolo oneroso, il corrispettivo della cessione del bene, nella pattuizione delle parti, è costituito da una controprestazione che non può essere soddisfatta dall'avente diritto alla prelazione (acquisto della qualità di socio, bene ricevuto in permuta o in pagamento, etc.).

L'assenza della previsione di un corrispettivo in denaro, però, non costituisce un limite per la Pubblica Amministrazione, infatti il Codice dei beni culturali prevede (all'articolo 60, comma 2°) che "il valore economico è determinato d'ufficio dal soggetto che procede alla prelazione", salva la possibilità, per l'alienante, di non accettare tale determinazione, che, in tal caso, verrà effettuata da terzo designato concordemente dall'alienante stesso e dal soggetto che procede alla prelazione (o, in assenza di accordo, dal presidente del Tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto), con obbligo per il privato di anticipare le spese (art. 60, comma 3°).

E, poi, prevista (facendosì, però, salvo il diritto di recesso dell'alienante) la possibilità di esercizio della prelazione su parte delle cose alienate (art. 61, comma 6).

Un altro profilo che caratterizza la sola prelazione artistica è quello dell'insonnibilità allo Stato delle clausole del contratto, già prevista in passato ed attualmente sancita dal quinto comma dell'articolo 61 del Codice.

Questa disposizione, che è stata, fra l'altro, interpretata dalla giurisprudenza (91) in senso estensivo, sembra proprio una conseguenza dei connotati pubblicitici della prelazione artistica, in seguito all'esercizio della quale, come si è visto (e a differenza di quanto accade nelle altre fattispecie di prelazione legale), non si verifica, un subentro del prelazionario nella posizione contrattuale dell'acquirente, poiché l'acquisto avviene in forza di un provvedimento autoritativo.

Questo provvedimento costituisce anche la fonte dell'obbligazione del pagamento del prezzo, infatti il rinvio al negozio stipulato dalle parti avviene solo ai fini della determinazione, *per relationem*, dell'ammontare del corrispettivo (fatte salve le eccezioni di legge).

Un'ulteriore peculiarità della prelazione artistica rispetto agli altri tipi di prelazione legale è costituita dalle conseguenze del negozio posto in essere dai privati in violazione di tale diritto, che, in tal caso, non consistono nella

(91) La giurisprudenza ha ritenuto che l'ambito di applicazione della disposizione non sia limitato alle clausole accessorie, ma comprenda tutte le clausole in qualche modo dirette ad impedire o limitare l'esercizio della prelazione da parte dello Stato o ad apporvi pesi o condizioni. V. ad esempio, Cass., 17 gennaio 1985, n. 117, *cit.*

Tale tendenza estensiva è stata evidenziata, in dottrina, da C. Fabricatore - A. Scarpa, *op. cit.*, Milano, 1998, pp. 159-168 e A. Mansi, *op. cit.*, p. 261 (che riporta anche un elenco di esempi, citando le "clausole relative all'esecuzione del contratto come, ad es., la clausola commissoria, la clausola che preveda la risoluzione o clausole d'altro tipo quali la previsione di un pagamento rateale, di una iscrizione ipotecaria, di una esecuzione o consegna differita"); lo stesso autore distingue tra diritti costituiti per volontà dei privati, soprattutto in tempi recenti rispetto alla vendita, e diritti o pesi che trovano fonte nella legge, facendo salvi questi ultimi.

soggezione al diritto potestativo di riscatto del prelazionario (ferma restando la validità del negozio stipulato), ma nella nullità (92) del negozio stesso con il mantenimento per lo Stato (e per gli altri enti aventi diritto) della possibilità di esercitare la prelazione (art. 164, comma secondo).

La tutela viene, inoltre, anticipata alla conclusione del contratto, con la subordinazione del trasferimento a condizione sospensiva.

Si evidenzia, infine, che, come è stato osservato (93), la denuncia prevista dall'art. 59 del Codice è radicalmente differente dalla *denuntatio* che caratterizza gli altri tipi di prelazione; infatti, mentre la prima è effettuata a contratto concluso ed ha ad oggetto il contratto stesso, la seconda costituisce (preferibilmente) una vera e propria proposta contrattuale che, prima di porre in essere il negozio traslativo, deve essere inviata all'avente diritto dal soggetto che intende alienare il bene (94).

La mancata presentazione della denuncia, inoltre, integra un reato, sanzionato con la reclusione ed una multa (art. 173 Codice dei beni culturali).

## 7. Disciplina in materia di beni culturali e operazioni di fusione e scissione

Le conclusioni alle quali si è pervenuti consentono di analizzare se e come la prelazione artistica possa incidere sulle operazioni di fusione e scissione.

(92) Per approfondire il dibattito sulla natura, discussa, di questa nullità (inquadrata dalla costante giurisprudenza di legittimità nella categoria della nullità relativa), v. **R. Invernizzi**, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di **M. A. Sandulli**, sub art. 164, pp. 1052-1053. Cfr. **G. Celeste**, *op. cit.*, p. 1123, che considera tale profilo come "l'unico, inequivocabile dato normativo che si trae dalle disposizioni legislative in materia, che può essere determinante ai fini" della soluzione del problema della natura giuridica della prelazione artistica (nel senso di accogliere la tesi "pubblicistica"), infatti in tal caso "manca una qualsivoglia offerta alla quale possa essere ricollegato un atto negoziale di accettazione da parte dell'amministrazione".

(93) **F. De Maria**, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di **M. Cammel- li**, Bologna, 2004, sub art. 60-62, pp. 286-287.

(94) Fervida in dottrina è la discussione intorno alla natura giuridica della c.d. *denuntia- tio* sia con riferimento alla prelazione patrizia sia con riferimento alle prelazioni legali. Con riferimento alla prelazione patrizia, da un lato, coloro **(L. Covello)** sen., voce *Con- tratto preliminarare*, in *Enc. giur. it.*, 1902, vol. III, p. 111 e **D. Rubino**, *La compravendita*, Mi- lano, 1962, p. 63 ed in giurisprudenza Cass. civ. 24 marzo 1998, n. 3091 in *Giust. civ. mass.*, 1998, 647 che aderiscono alla tesi classica del preliminare unilaterale sottoposto a condizione attribuiscono coerentemente alla *denuntatio* la natura di proposta contrattuale; dall'altro, co- loro **(C. M. Bianca, Diritto civile, 3. Il contratto)**, Milano, 2000, p. 267 e **G. Mirabelli**, *Dei con- tratti in generale*, Torino, 1987, p. 211 e in giurisprudenza Cass. civ. 12 aprile 1999, n. 3571 in *Riv. not.*, 1999, 1283 che aderiscono alla teoria del contratto sui generis sono conseguentemen- te portati, seppur con dei distinguo, ad attribuire alla *denuntatio* la natura e l'efficacia di una mera dichiarazione di intenti e non già necessariamente di una formale proposta (per cui anche se il prelazionario accettasse, il contratto principale non potrebbe ancora dirsi concluso, essen- do necessaria una nuova manifestazione bilaterale del consenso).

Con riferimento alla prelazione agraria, la natura giuridica della *denuntatio* in termini di proposta contrattuale è sostenuta da Cass. civ. 21 febbraio 2006, n. 3672 in *Giust. civ. mass.*, 2006, 2; in alcune isolate decisioni si ravvisa il carattere di proposta irrevocabile, ad esempio cfr. Cass. civ. 4 novembre 1982, n. 5802 in *Giust. civ. mass.*, 1982, fasc. 10-11.

Con riferimento alla prelazione urbana, la natura giuridica della *denuntatio* in termini di proposta contrattuale è sostenuta da Trib. Rieti 17 aprile 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1543; al contrario si esprime in termini di mero obbligo legale di informativa la giurisprudenza pre- valente, cfr. Cass. civ. 17 aprile 1986, n. 2726 in *Riv. not.*, 1987, p. 553.

La questione va trattata con grande cautela, specialmente dopo l'inseri- mento, ad opera del d.lgs. 156/2006, della fattispecie del "conferimento" (95) nell'art. 60, comma 1, a conferma di una tendenza legislativa volta ad esten- dere il novero delle ipotesi soggette alla prelazione (96).

La rilevanza della modifica si intuisce facilmente attraverso un con- fronto con i risultati interpretativi raggiunti in materia di prelazione agra- ria ed urbana, che, come si è visto (97), tendono ad escludere il conferi- mento dal novero delle fattispecie soggette a prelazione ponendo l'accen- to, per lo più, sull'infungibilità della prestazione ricevuta in corrispettivo dal conferente.

Al fine di verificare l'applicabilità della prelazione artistica alla fusione ed alla scissione, occorre, in primo luogo, sottolineare che, in dette ipotesi, acquisisce rilevanza ancora maggiore il problema della configurabilità o me- no della natura traslativa di tali operazioni (risolto in senso negativo dalla dot- trina prevalente (98), basandosi sulla ricostruzione degli istituti in parola co- me fattispecie modificative del rapporto sociale).

La prelazione c.d. urbana e la prelazione agraria, invece, indipenden- temente dalla natura giuridica che si volesse attribuire a dette operazioni, non opererebbero in ogni caso per l'infungibilità della "controprestazio- ne" (99) oggetto del trasferimento, poiché il bene vincolato farebbe par- te di un complesso patrimoniale inscindibile e considerato nella sua inte- rezza per la soddisfazione delle finalità riorganizzative delle società par- tecipanti.

(95) Si precisa da subito che, con questa affermazione, non si intende sostenere che lo spostamento di patrimonio conseguente alla fusione o alla scissione determini un conferimen- to, ma solo prendere atto di una crescente *vis expansiva* del fenomeno prelazio in nell'ambito della disciplina dei beni culturali.

(96) Anche prima della modifica legislativa, si è sottolineata la tendenza espansiva del- la disciplina della prelazione artistica, affermando che essa prevede un elenco di fattispecie "aperto" '99, ossia potenzialmente estensibile ad ipotesi non previste; si esprime in tal senso, **G. Scognamiglio**, *op. cit.*, pp. 248-249.

(97) V. Paragrafi 4.1 e 4.2.

(98) Con specifico riferimento alla prelazione artistica, v. **Studio CNN** n. 5140 appro- vato il 2 luglio 2004, *Ulteriori riflessioni sul codice dei beni culturali*, estensori **D. Roggiali - C. Lomonaco**, nel quale si afferma che non può configurarsi "un atto di alienazione né confi- gurando la scissione e la fusione come fattispecie estintivo-costitutiva né come mere modifica- zione dell'atto costitutivo"; **A. Venditti**, *Denuncia degli atti di trasferimento e individuazione degli atti che danno luogo a prelazione artistica*, in *Il commercio giuridico dei beni culturali*, *Quaderni Notariato*, 2001, pp. 83-84; **A. Pischetola**, *op. cit.*, Appendice 2, p. 89; relativamen- te alla sola fusione, **F. Maglificio**, *La fusione delle società*, Milano, 2005, p. 25, che esclude an- che la sussistenza dell'obbligo di denuncia; relativamente alla sola scissione, **P. Lucarelli**, *op. cit.*, p. 270, la quale afferma che l'esigenza di conservazione del bene vincolato non è pre- giudicata dalla scissione, la quale "tende proprio a conservare la funzione strumentale del be- ne medesimo, il quale continua in seguito alla scissione ad essere destinato senza interruzione allo svolgimento dell'attività già programmata".

Qualche autore, pur riconoscendo, limitatamente alla scissione, la sussistenza di un effet- to traslativo, nega l'applicabilità della disciplina della prelazione artistica; **G. Palmieri**, *op. cit.*, pp. 147-148 (in particolare, nota n. 70), il quale cita in nota il parere degli autori **G. B. Portia- le** e **A. Dolinetta**, secondo il quale l'elemento decisivo è l'assenza, nell'operazione in esame, di un prezzo.

(99) Per la verità, nell'ambito delle operazioni straordinarie in esame, come già visto, sa- rebbe già difficile ritenere sussistente una controprestazione.

Nella disciplina della circolazione dei beni culturali, invece, come si è visto, il limite dell'infungibilità è fortemente ridimensionato per motivi di interesse pubblico; infatti, il legislatore ha previsto espressamente l'applicabilità della prelazione alla permessa ed alla *datio in solutum* (negozi in cui le controprestazioni sono, appunto, considerate infungibili negli altri tipi di prelazione legale (100)) e, soprattutto, la possibilità di supplire alla mancanza di un corrispettivo attraverso la disciplina di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 60 Codice beni culturali.

Dato che il criterio della "parità di condizioni" non può assumere rilevanza decisiva (101), occorre analizzare preliminarmente i due residui ostacoli all'operatività della prelazione ex art. 60 Codice beni culturali, consistenti nell'asserita assenza, riguardo a fusioni e scissioni, dei caratteri di traslatività e di corrispettività.

Relativamente al primo aspetto, sembra indubbio che la particolare natura delle operazioni in esame non consente, su un piano causale, un inquadramento nelle tradizionali fattispecie traslative (che risulterebbe, fra l'altro, fortemente riduttivo).

D'altra parte, come dimostrano le opinioni dottrinali espresse nei primi paragrafi del presente contributo, l'esclusione del carattere traslativo sembra un risultato acquisito solo in materia di fusione.

Come è stato, poi, osservato (102), anche se si ritiene che la disposizione normativa che prevede il diritto di prelazione attribuisca rilevanza non al semplice effetto traslativo, ma alla causa del negozio che lo determina (es.: causa di scambio), non può escludersi che la ricorrenza della *ratio* della norma in altre fattispecie ne consenta l'applicazione in via analogica.

Con particolare riguardo alla disciplina dei beni culturali, si è, poi, evidenziato (103) che il legislatore non ha inteso delimitare l'ambito di operatività della prelazione artistica prevedendo un elenco tassativo nei negozi tipici in presenza dei quali essa si attiva, ma, con l'adozione della generica nozione di "alienazione a titolo oneroso" (recentemente integrata dal

conferimento in società), ha lasciato ampio spazio agli interpreti ed alla conseguente estensione dei negozi costituenti presupposto della prelazione stessa (104).

Relativamente al secondo aspetto, poi, deve ammettersi che, come si è già visto, si potrebbe negare la stessa esistenza di un corrispettivo nelle operazioni in esame; ciò costituirebbe un notevole impedimento all'operatività del meccanismo previsto del secondo comma dell'articolo 60 del Codice dei beni culturali, che non sembra potersi estendere fino ad abbracciare le fattispecie negoziali nelle quali un corrispettivo sia del tutto assente (come appare dal suo tenore letterale: "Qualora il bene sia [...] ceduto senza previsione di un corrispettivo in denaro [...] il valore economico è determinato d'ufficio [...]").

In altri termini, il dato testuale sembra consentire che tale meccanismo operi laddove un corrispettivo (esistente) non sia quantificato in denaro, non laddove un corrispettivo sia del tutto assente (105).

D'altra parte, queste considerazioni non precludono maggiori approfondimenti sul tema, come è dimostrato dal fatto che esse non hanno impedito a parte della giurisprudenza e della dottrina, soprattutto in materia di scissioni, di ritenere applicabili discipline che presuppongono un trasferimento (106).

Con le riflessioni di seguito esposte si cercherà, inoltre, di stabilire se lo spostamento patrimoniale conseguente a fusioni e scissioni sia idoneo a determinare, relativamente al bene vincolato, la medesima esigenza di tutela posta a fondamento della disciplina della circolazione dei beni culturali (e la sua conseguente, eventuale, applicazione) e come questa esigenza interagisca, ai fini applicativi, con la ricostruzione giuridica adottata relativamente alla natura delle operazioni straordinarie in oggetto, verificandosi in quali ipotesi il profilo traslativo assuma una connotazione rilevante rispetto a quello "organizzativo-modificativo".

(segue) *Una precisazione metodologica*

Dopo aver preso posizione in ordine alla ricostruzione dogmatica ritenuta preferibile per comprendere l'essenza dei fenomeni della fusione e della scissione, nel prosieguo della presente indagine si distingueranno il mecca-

(104) Ciò ha consentito, ad esempio, alla giurisprudenza di ritenere rilevante, a tali fini, anche un contratto di transazione con effetti traslativi. Si veda, in tal senso, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Sez. Bolzano, 28 febbraio 1995, n. 35, in *Trib. Ann. Reg.*, 1995, I, 1663; Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 1987, n. 400, in *Cons. Stato*, 1987, 1919; Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 1986, n. 886, in *Giur. it.*, 1987, III, 1, 230.

(105) V., in tal senso, R. Tamiozzo, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

(106) In giurisprudenza, v., sulla fusione, Cass., Sez. 22 novembre 2000, n. 15093 (in materia di scissione, decreto Trib. Verona, 6 novembre 1992, citate *supra* alla nota 45, che hanno ritenuto sussistente una carattere di corrispettività).

In dottrina, poi, sono state ritenute applicabili altre discipline presupponenti un trasferimento (discipline sulla circolazione dell'azienda e sui conferimenti) attraverso una valutazione della ricorrenza dei medesimi interessi tutelati dalla norma: v., per tutti, per l'applicabilità del trasferimento d'azienda alla scissione, G. Palmieri, *op. cit.*,

(100) L'esclusione, infatti, è addirittura testuale per la permessa nel caso di prelazione agraria: v. art. 8, comma secondo, della legge 26 maggio 1965, n. 590.

(101) Va dato, però, atto di un orientamento che considera la "parità di condizioni" come un elemento essenziale dell'istituto della prelazione che trova, quindi, applicazione anche in assenza di un'espressa previsione legislativa. Questa teoria è stata, a sua volta, contestata. V., in tal senso, A. Corsi, *Le prelazioni legali*, in *Notariato*, n. 1/1998, p. 76, che afferma: "Nepure pare emergere dalle varie disposizioni sulle prelazioni legali il principio, spesso affermato in termini generali, che la prelazione prevede il subentro di un soggetto terzo in un rapporto contrattuale a parità di condizioni". Se con tale espressione si deve intendere, come pare, che il terzo subentra in un rapporto contrattuale del quale vengono mantenuti invariati tutti gli elementi diversi da quello soggettivo, non può non concludersi per l'inesistenza di tale principio; il nostro legislatore, infatti, ha previsto parecchie ipotesi in cui la parità di condizioni è legislativamente disattesa... Ne è conferma la prelazione artistica a favore dello Stato, in cui è previsto che in determinate ipotesi il corrispettivo sia fissato con atto d'imperio...".

(102) A. Picciau, *Commento all'art. 2506, cit.*, p. 1058.

(103) In tal senso, ad esempio, A. Mansi, *op. cit.*, p. 246, il quale evidenzia la possibilità di esercitare la prelazione anche in caso di scioglimento di società con attribuzione del bene culturale compreso nel patrimonio societario ad uno o più soci.

In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2000, in *Foro amm.*, 2000, 1210.

simo della prelazione artistica e quello della denuncia, in quanto il primo presuppone un atto traslativo della *proprietà* a titolo oneroso, laddove per il secondo è sufficiente il mero trasferimento della *detenzione* "a qualsiasi titolo".

Non potendo tuttavia ricondurre l'analisi in una chiave unitaria, è sembrato opportuno vagliare distintamente la fusione e la scissione, nelle relative singole forme di manifestazione, al fine di individuare quelle ipotesi-limite (frequenti soprattutto in materia di scissione) nelle quali debba essere adottato dall'operatore un grado di cautela più elevato.

Detta analisi ripartita mira quindi ad assicurare una maggiore chiarezza espositiva ed un più elevato approfondimento teorico.

### 7.1. Fusione

Deve darsi atto che, riguardo a questa operazione, la sussistenza dei caratteri di traslatività e di corrispettività è negata dalla dottrina prevalente (107), ritenendosi sussistente una mera modifica dell'imputazione.

Tale impostazione è, come accennato, sostanzialmente condivisibile; di tal fatta, l'attenzione dell'indagine si concentrerà sui rimanenti profili che potrebbero condurre a ritenere fondata l'esigenza di tutela del bene culturale su cui si poggia la disciplina della prelazione artistica.

Sembra, a tal proposito, rivestire notevole rilevanza il profilo di continuità tra le società partecipanti e quelle risultanti dalla fusione, derivante dal fatto che le società fuse o incorporate confluiscono interamente nella società risultante dalla fusione.

#### A) Fusione per incorporazione

Si possono configurare le ipotesi sotto esaminate.

a) Quando il bene vincolato sia posseduto dalla società incorporante (108), non si pongono problemi di rilievo, poiché esso non fa parte del patrimonio oggetto di spostamento.

Al termine dell'operazione, infatti, la situazione del bene non subisce alcuna modifica, perché resta nella titolarità dello stesso soggetto giuridico; la prelazione, pertanto, non trova applicazione.

b) Quando il bene vincolato faccia parte del patrimonio della società incorporata (109), al termine dell'operazione la titolarità e la disponibilità del bene passano, con l'iscrizione dell'atto di fusione nel Registro delle Imprese, alla società incorporante.

(107) V., per tutti, C. Santagata, *op. cit.*, supra, nota n. 13.

(108) Esempio: la società Alfa S.p.a., nel cui patrimonio è presente un bene culturale, incorpora la società Beta S.p.a.

(109) Esempio: la società Alfa S.p.a., nel cui patrimonio è presente un bene culturale, viene incorporata, per effetto della fusione, nella società Beta S.p.a. Al termine dell'operazione, la titolarità del bene è passata alla Beta S.p.a.

Questo mutamento di titolarità non sembra avere la stessa rilevanza in tutte le ipotesi di fusione per incorporazione.

In particolare, nell'ipotesi, di cui all'art. 2505 c.c., di fusione mediante incorporazione di società interamente posseduta, il mutamento sembra puramente formale, poiché la società incorporata era già soggetta al controllo da parte dell'incorporante e, quindi, la fusione non dovrebbe incidere, in concreto, sulle politiche decisionali relative all'utilizzo dei beni facenti parte del patrimonio.

Nelle altre ipotesi di incorporazione, invece, per effetto del concambio, può determinarsi un mutamento anche rilevante della compagine sociale, con la conseguenza che i soci della società incorporanda titolare del bene potrebbero avere un rilievo decisamente inferiore sui processi decisionali interni ed il *board* potrebbe essere espressione di una diversa maggioranza.

Questi cambiamenti potrebbero influire sulle politiche relative di sfruttamento del bene vincolato, ma possono ritenersi sufficienti per affermare l'operatività della prelazione artistica?

Si ritiene che la risposta debba essere negativa per due ordini di ragioni.

In primo luogo, bisogna considerare il detto elemento di sostanziale continuità che caratterizza la fusione: la società incorporata, sul piano concreto, confluisce interamente in una società (l'incorporante) che mantiene i suoi stessi diritti, obblighi e rapporti ed anche i suoi soci. Questa configurazione giuridica non è conciliabile con una logica di alienazione.

In secondo luogo, l'argomento sopra proposto, pur avendo una sicura rilevanza sui concreti problemi di tutela ed impiego del bene culturale, presta il fianco ad una sicura obiezione: ragionando in tal senso, si dovrebbero rinvenire le stesse esigenze di tutela anche in occasione di una delibera di nomina di un nuovo organo amministrativo espressione di una maggioranza diversa in seguito ad un mutamento di indirizzo degli stessi soci o di un cambiamento della compagine sociale conseguente alla cessione di una partecipazione ad un terzo (110). Ma tali ipotesi non sono evidentemente comprese né fra quelle che danno luogo all'obbligo denuncia ex art. 59 Codice dei beni culturali né, tanto meno, fra quelle previste, ai fini della prelazione, dall'art. 60 Codice dei beni culturali.

#### B) Fusione in senso stretto

Si potrebbero richiamare le osservazioni fatte *sub A - b*): anche in questo caso, infatti, si ha il mutamento di titolarità del bene culturale, che passa dal patrimonio di una delle società partecipanti alla società di nuova costitu-

(110) Si ricorda che, secondo l'opinione decisamente prevalente, in ogni ipotesi di prelazione legale, si esclude, dal novero delle fattispecie che ne integrano il presupposto la cessione di partecipazioni sociali, poiché, in tal caso, il trasferimento ha ad oggetto queste ultime e non il bene.

zione ed anche in questo caso l'operazione può determinare un mutamento anche rilevante della compagine sociale (111).

Nonostante tale mutamento, è ancora più evidente, in questa ipotesi, il profilo di continuità: entrambe le società partecipanti, con i loro patrimoni, confluiscono integralmente nella "Newco".

### C) Fusione e denuncia ex art. 59

L'obbligo di denuncia, il cui presupposto consiste nel trasferimento della proprietà o della *detenzione* del bene in tutto o in parte ed "a qualsiasi titolo", ha, certamente, un ambito applicativo molto più vasto rispetto alla prelazione.

Parte della dottrina (112) ha negato la necessità di effettuare la denuncia in caso di fusione, argomentando tale assunto dall'assenza di qualsiasi carattere traslativo.

Sembra, invece, difficile negare che la disciplina della denuncia possa trovare applicazione sia sul piano delle finalità perseguite sia su quello della sussistenza dei presupposti legali.

Dal primo punto di vista, si è correttamente osservato (113) che la *ratio* della disciplina della denuncia, consistente nel tracciare le vicende di circolazione giuridica del bene (114), ricorre anche in caso di semplice mutamento di titolarità in conseguenza di fusione, poiché la mancata segnalazione pregiudicherebbe proprio quell'aggiornamento costante circa la situazione e la titolarità formale del bene che la legge intende perseguire.

Dal secondo punto di vista, pur escludendosi la sussistenza di un altro traslativo della proprietà del bene, sembra difficile negare che la fusione determini almeno un mutamento nel soggetto che detiene il bene; quest'ultimo, infatti, al termine dell'operazione, rientra nella disponibilità di una società (la società incorporante o quella risultante dalla fusione) diversa da quella precedente.

(111) Esempio: le società Alfa S.r.l., nel cui patrimonio è presente un bene culturale, e Beta S.r.l. si fondono dando luogo alla nascita della Newco Gamma S.r.l.

Al termine dell'operazione, quindi, la titolarità del bene è passata alla Gamma S.r.l. (112) F. Magliulo, *op. cit.*, p. 25; F. Scalabrini e G. A. M. Trimarchi, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, in *Riv. Not.* 2006, p. 1145, sulla base della più volte citata Cass. SS. UU. 8 febbraio 2006, n. 2637.

(113) In tal senso, A. Venditti, *Denuncia degli atti di trasferimento e individuazione degli atti che danno luogo a prelazione artistica*, in *Il commercio giuridico dei beni culturali*, Quaderni Notariato, Milano, 2001, pp. 63 e ss. e in *Prime note sul regime di circolazione dei beni culturali privati nel Nuovo T.U. d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490* (relazione tenuta alla riunione del Consiglio Notarile di Milano svoltasi al Teatro S. Babila il 27 marzo 2000, in *CNN notizie* del 9 maggio 2000, ove si legge: "Se si considerano le finalità conoscitive della denuncia, che deve consentire all'amministrazione di prendere atto di ogni caso di mutamento giuridico del soggetto che può disporre o esercitare un potere di fatto sul bene, si finisce per richiedere la denuncia anche degli atti di fusione e scissione"; A. Pischetola, *op. cit.*, Appendice 2, p. 89, che cita in nota (n. 12) le sopradette conclusioni di A. Venditti.

(114) Oltre che nel consentire allo Stato ed agli enti pubblici territoriali di esercitare, ove possibile, la prelazione. Queste osservazioni sulla *ratio* dell'obbligo di denuncia si trovano, fra gli altri, in R. Invernizzi, *commento all'articolo 59*, in *Codice dei culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2006, pp. 449-450.

La ricorrenza di uno dei presupposti legali consente di applicare direttamente la disciplina della denuncia, laddove l'identità di *ratio* potrebbe giustificare soltanto un'applicazione analogica.

Riguardo al trasferimento della detenzione, tuttavia, chi scrive non nasconde qualche perplessità circa la sussistenza dell'obbligo di denuncia alle ipotesi, previste dall'art. 2505 c.c., di fusione per incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante; in tal caso, infatti, sul piano sostanziale, si potrebbe osservare che il bene è sempre detenuto (indirettamente) dai soci della società incorporante (115).

In questo caso, ai fini dell'applicabilità della legislazione sui beni culturali, sembra che il mutamento della titolarità sia puramente formale.

L'opportunità di eseguire, comunque, la denuncia discende, tuttavia, dalla sanzione di nullità di cui all'art. 164 Codice dei beni culturali (di cui si tratta *infra*, paragrafo 8).

(115) L'osservazione potrebbe estendersi all'ipotesi analoga in cui i soci della società incorporante e della incorporata siano i medesimi nelle stesse proporzioni.