

## REDAZIONALI

# ATTESTATI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LICENZA DI ESPORTAZIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

degli Avv.ti Cino Benelli e Federico Mazzella

*Il diritto dell'Unione Europea non prevede una disciplina dettagliata dei beni culturali. Tuttavia, principi di carattere generale, come quello di proporzionalità, nel costituire un parametro delle politiche legislative degli Stati Membri, finiscono per incidere anche nella materia dei beni culturali.*

European Law doesn't provide a detailed framework of culturale heritage. However, general principles, such as the proportionality one, due to their being a parameter for the legislative policies of UE Member States, eventually affect even in the field of cultural heritage.

*Sommario: 1. I beni culturali nel diritto dell'Unione Europea. 2. I beni culturali come “merci”. 3. La protezione del patrimonio culturale nazionale ed il principio di proporzionalità. 4. (segue) Il divieto di esportazione dei beni culturali e la valutazione del “danno” al patrimonio culturale nazionale.*

### **1. I beni culturali nel diritto dell'Unione Europea.**

I beni culturali presentano, da sempre, un indubbio collegamento con il *territorio*, caratterizzandosi per un elevato grado di *staticità*.

Una cosa d'arte che si trovi, magari solo per avventura, sul suolo di uno Stato tende così, inevitabilmente, ad essere regolata dalla legge di quest'ultimo (la *lex loci*, ovvero la legge del luogo ove i beni culturali si trovano) anche per quanto riguarda il suo regime di circolazione, dentro e fuori i confini nazionali.

Nella giurisprudenza nazionale si è giunti ad affermare icasticamente che “*a differenza del bene paesaggistico, che è indissolubilmente legato alla nazione, il patrimonio culturale reale rappresenta quel complesso di beni artistici, storici e culturali che siano stati affastellati sul territorio nel tempo e siano ancora fisicamente presenti per effetto delle più diverse, e risalenti, vicende (guerre, commerci, furti, scoperte, ecc.) a prescindere*

*dal paese di origine o dalla cultura di provenienza*” (così, TAR Lazio, Rm, II quater, 23.12.2010, n. 38574).

Anche per questa ragione è - per così dire - “*naturale*” che la materia dei beni culturali sia stata considerata, per lungo tempo, di esclusivo appannaggio degli Stati membri dell'Unione europea, quale espressione della sovranità esercitata sul proprio territorio.

Invero, come si evince dal tenore dell'art. 167<sup>1</sup> del Trattato sul Funzionamento

<sup>1</sup> L'art. 167 del TFUE (ex art. 151 TUE), che costituisce, da solo, il Titolo XIII, rubricato “Cultura”, così recita: “1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea; - scambi culturali non commer-



dell'Unione europea (TFUE) - norma di compromesso<sup>2</sup>, dal contenuto programmatico (e, pertanto, di non diretta applicabilità) - l'intervento delle istituzioni europee *in subiecta materia* si palesa meramente sussidiario, contribuendo l'Unione al pieno sviluppo delle "culture" (si noti il consapevole utilizzo del plurale) degli Stati membri, nel rispetto delle loro "diversità nazionali e regionali", pur accennando timidamente la disposizione ad un "retaggio culturale comune" ed a un'azione congiunta finalizzata alla conservazione ed alla salvaguardia del "patrimonio culturale di importanza europea".

Quello dei beni culturali costituisce, pertanto, un settore non armonizzato a livello europeo in quanto, come ebbe già ad osservare la Commissione nella comunicazione resa nel 1989 in vista dell'imminente soppressione delle frontiere interne (poi occorsa il 1.1.1993 ma con effetti limitati, come si vedrà *infra*, per i beni culturali), "è l'uscita dal territorio nazionale che è considerata come una violazione del patrimonio nazionale" e "il fatto di sapere che l'oggetto godrà della stessa protezione in un altro Stato membro non è sufficiente".

Gli unici atti di diritto c.d. "derivato" emanati in materia di beni culturali - ovverosia

---

ciali; - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: - il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; - il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni."

<sup>2</sup> Così, A. GALLETTI, *La tutela e la circolazione dei beni culturali nell'Unione Europea*, in *KorEuropa* 2/13 (www.koreuropa.it); la quale osserva che se "il modello europeo costituisce un esempio unico di coesistenza tra culture differenti", il correlato "interesse alla protezione delle diversità culturali nazionali ostacola, però, l'elaborazione di politiche comunitarie più incisive".

la dir. 93/7/Cee (recepita in Italia con l. 88/98), concernente il recupero delle opere d'arte illecitamente esportate, ed il reg. 3911/92 (oggi, a seguito della codificazione, recante il n. 116/09) relativo all'esportazione dei beni culturali al di fuori dal territorio dell'Unione - si limitano, infatti, ad istituire semplici obblighi di *cooperazione* tra gli Stati membri, senza dettare la disciplina *sostanziale* dell'autorizzazione all'espatrio dei beni appartenenti al loro patrimonio, la quale rimane, pertanto, di competenza delle autorità nazionali.

Al riguardo, lo stesso II° Considerando della richiamata dir. Ce 93/7 fa espressamente salvo il "diritto" degli Stati membri di "definire il proprio patrimonio nazionale e di prendere le misure necessarie per garantirne la protezione all'interno delle frontiere interne".

In particolare, tali atti, da un lato si basano sul *mutuo riconoscimento* degli ordinamenti nazionali di settore e dei titoli autorizzativi effusi dalle competenti amministrazioni statali e, dall'altro contemplano, sul versante della prevenzione, un'unica licenza (c.d. di "esportazione" verso Paesi terzi o "extra UE") valida su tutto il territorio comunitario e introducono, su quello della repressione, un'azione processuale riservata agli Stati membri, aggiuntiva a quelle previste dal diritto interno, per la restituzione delle opere già uscite illecitamente dal loro territorio.

Sono dunque le autorità nazionali, almeno in linea di principio, a dover definire non soltanto l'*ubi consistam* dei concetti di "beni culturali" e "patrimonio culturale" - ad es., nell'ordinamento italiano, si parla di "testimonianza materiale avente valore di civiltà" (cfr., art. 2, d. lgs. 22.1.2004, n. 42, recante il "Codice dei beni culturali e del paesaggio"; c.d. "Codice Urbani") - ma anche il livello di protezione che gli stessi intendono assicurare ai propri "tesori".

Non a caso, l'art. 107, par. 3, TFUE, in materia di aiuti di Stato, qualifica come compatibili con il mercato comune "gli aiuti destinati alla cultura e alla conservazione del patrimonio", purché non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità, in misura contraria all'interesse

comune.

## 2. I beni culturali come “merci”.

Ci troviamo, dunque, al cospetto di ventisette diritti dei beni culturali, uno per ciascun paese membro dell’Unione europea?

La risposta potrebbe essere affermativa. Vi è tuttavia da chiedersi se possano ricavarsi dal diritto europeo – che, com’è noto, è fatto non soltanto di disposizioni normative, più o meno “*self-executing*”, ma anche di principi, comuni alle tradizioni giuridiche, ovvero frutto dell’elaborazione “*pretoria*” della Corte di Giustizia – dei limiti allo “*strapotere*” degli Stati membri in materia di beni culturali.

E’ infatti indiscusso il primato del diritto comunitario su quello interno (c.d. “*primauté*”) ed è altrettanto indiscusso l’obbligo non soltanto per i giudici nazionali ma anche per le pubbliche amministrazioni di procedere alla “disapplicazione” (del secondo) in ipotesi di eventuale contrasto (con il primo).

Giova premettere che, contrariamente a quanto disposto dal terzo comma dell’art. 64-bis del Codice di cui al d. lgs. 42/04 – introdotto con il correttivo approvato con il d. lgs. 62/08 (secondo cui “*con riferimento al regime della circolazione internazionale, i beni costituenti il patrimonio culturale non sono assimilabili a merci*”) –, i beni culturali possono essere ricondotti alla categoria generale delle “merci”, con conseguente assoggettamento degli stessi alle disposizioni contenute nel Titolo II del TFUE (artt. 28 e ss.) in materia di libera circolazione<sup>3</sup>.

A tal proposito, la Corte di Giustizia dell’Unione europea, a far data dalla sent. 10.12.1968 resa nella causa C-7/68 (*Commissione c. Repubblica italiana*) in tema di “tassa di esportazione”, ha avuto modo di osservare che gli oggetti d’arte presentano la caratteristica di essere “*pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi*

*commerciali*”.

Si tratta, in realtà, di “merci” sottoposte ad uno statuto particolare, trovando pacifica applicazione la deroga prevista dall’art. 36 del TFUE, che consente agli Stati membri di apportare divieti e restrizioni all’importazione, all’esportazione ed al transito che risultino “*giustificati*” da motivi di “*protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*”, sempre che questi ultimi non costituiscano un “*mezzo di discriminazione arbitraria*” o una “*restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*”.

Secondo la Commissione europea – la quale, peraltro, si è astenuta dall’emanare la specifica comunicazione interpretativa annunciata nel 1989 onde tentare di rendere compatibile la richiamata deroga con la soppressione delle frontiere del mercato interno occorsa nel 1992 – tale disposizione derogatoria dovrebbe interpretarsi *restrittivamente*, non potendo la stessa essere mai invocata dagli Stati membri “*per giustificare legislazioni, procedure o prassi che provochino discriminazioni o restrizioni sproporzionate allo scopo*”.

E’ interessante notare la diversità della traduzione italiana (ma anche spagnola, portoghese ed olandese) della norma in questione – mediante l’utilizzo della clausola onnicomprensiva di “*patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*” – rispetto alla versione inglese, danese e francese che, per converso, parlano di “*tesori nazionali*” rivestenti “*valore artistico, storico o archeologico*”.

Una differenza, questa, di non lieve momento, ove si consideri l’impossibilità di rinvenire un significativo limite all’esercizio della *discrezionalità* delle amministrazioni nazionali nella citata traduzione italiana della norma derogatoria, la quale trova verosimilmente la propria origine nella vocazione protezionistica del nostro paese, considerato da taluni uno Stato c.d. “*fonte*” e, comunque, tendenzialmente esportatore in contrapposizione alla Francia, alla Danimarca, alla Germania (in cui, peraltro, si utilizza l’espressione “*bene culturale nazionale*”) ed al Regno Unito, i quali vengono ascritti alla platea degli Stati c.d. “*mercato*” o “*importatori*”.

<sup>3</sup> Sul punto v. M.FRIGO, per il quale “non sembra possibile attribuire a dichiarazioni unilaterali d principio, quali quelle contenute nell’art. 64-bis del nostro Codice dei beni culturali, alcuna idoneità a resistere ad un eventuale verifica circa la loro compatibilità con il diritto dell’Unione”, in *Atti del convegno del CESEN “Diritto dell’Unione Europea e status delle confessioni religiose*” (Rm, Ist. L.Sturzo, 8/9.10.2010).



Ci si potrebbe interrogare, anche alla luce dei canoni ermeneutici discendenti dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, su quale sia la versione linguistica più conforme all'oggetto, allo scopo ed ai contenuti del Trattato. La questione, stante la sua oggettiva complessità, esula tuttavia dai limiti della presente trattazione.

Merita peraltro rilevare che, come opportunamente osservato in giurisprudenza, la normativa in discorso, *“lungi dal selezionare in ragione della nazionalità di appartenenza i soggetti che richiedano di poter esportare all'estero opere d'arte, si limita invece a consentire alla competente Amministrazione l'imposizione di un divieto in ragione esclusiva della natura (e della rilevanza artistica) dell'opera stessa: operando, quindi, in un'ottica meramente oggettiva di tutela del bene, indipendentemente dalla cittadinanza vantata dal soggetto titolare di posizione dominante”* (cfr., TAR Lazio, Rm, II, 14.11.2001, n. 9366).

### 3. La protezione del patrimonio culturale nazionale ed il principio di proporzionalità.

Un ulteriore limite frapposto al potere esercitato dagli Stati membri in tema di protezione del patrimonio culturale è indubbiamente costituito dal principio di *proporzionalità* - discendente dagli artt. 5 e 12 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e dall'art. 296 del TFUE, poi ripreso dal protocollo n. 2 - il quale, com'è noto, impone agli Stati membri (e, prima ancora, alle stesse istituzioni europee) di adottare misure idonee ed adeguate, ragionevoli e non eccessive rispetto allo scopo perseguito.

Per costante giurisprudenza, tale principio impone un'indagine *“trifasica”*, consistente, in primo luogo, nel verificare la *“idoneità”* del provvedimento, ovvero il *“rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito”*: in virtù di tale parametro, *“l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo”*. In secondo luogo, poi, deve valutarsene la *“necessarietà”* e, quindi, la *“assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo”*: in tal sen-

so la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella *“che comporti il minor sacrificio”*. Infine, il principio di proporzionalità richiede di scrutinare la *“adeguatezza”*, ovvero la *“tollerabilità della restrizione che comporta per il privato: sotto tale profilo l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione”* (cfr., per tutte, sent. CdS, VI, 17.4.2007, n. 1736).

Si rammenti, peraltro, che l'art. 17, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. *“Carta di Nizza”*), sancisce il diritto di ogni persona di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli e disporne, con l'importante precisazione che *“l'uso dei beni”* può sì *“essere regolato dalla legge”*, ma nei soli limiti *“imposti dall'interesse generale”* (cfr., altresì, l'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali).

In altri termini, eventuali sacrifici ai diritti dominicali – consistenti, per quanto qui interessa, nell'impossibilità di trasferire fisicamente un bene di cui si è proprietari al di fuori dei confini nazionali (il che, pur non comportando una vera e propria *“espropriazione”* o *“ablazione”* della *res*, implica un'oggettiva compressione del c.d. *“jus utendi”* senza previsione di alcuna forma di ristoro economico, neppure indennitario, per gli interessati) – possono essere legittimamente imposti soltanto a seguito di un accertamento dell'effettiva, e non soltanto astratta, lesione di un contrapposto interesse generale meritevole di protezione.

Sotto quest'ultimo angolo visuale, il TAR Lazio, con la sent. n. 9366/01 cit., ebbe ad escludere profili di anticomunitarietà del T.U. 490/99, ma la questione merita senz'altro di essere riconsiderata alla luce delle novità normative e giurisprudenziali nel frattempo intervenute.

Gli stessi Giudici di Lussemburgo, infatti, anche in epoca recente, sia pur in materia ambientale, hanno avuto cura di precisare che possono essere apportate restrizioni

all'esercizio del diritto di proprietà se ed in quanto le stesse *“rispondano effettivamente ad obiettivi di carattere generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito”* (così, C. giust. CE, 15.1.2013, C-416/10, *Križan*).

#### 4. (segue) Il divieto di esportazione dei beni culturali e la valutazione del *“danno”* al patrimonio culturale nazionale.

In particolare, il rispetto del superiore principio di proporzionalità determina, quale corollario, la necessità per le amministrazioni nazionali, prima di pronunciarsi sull'esportabilità o meno di un bene che presenti interesse artistico, storico o archeologico, di verificare se sussista un *danno effettivo* per il patrimonio nazionale derivante dall'uscita dello stesso dai confini dello Stato, recuperandosi così, attraverso la mediazione del diritto europeo, il requisito del *“danno per il patrimonio storico e culturale nazionale”*, soppresso dal legislatore con il d. lgs. 62/08<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Com'è noto, l'art. 8 della l. 364/09 (nota come *“Legge Rosadi”*) affermava in via generale il divieto di esportazione per tutte le cose la cui uscita definitiva da l territorio nazionale avrebbe comportato un *“danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte”*. L'art. 35 della successiva l. 1089/39, invece, nel prevedere un analogo divieto di esportazione, parlava di *“ingente danno per il patrimonio nazionale tutelato”*. Sulla stessa linea, quindi, l'art. 65 del T.U. 490/99 stabiliva che *“è vietata, se costituisce danno per il patrimonio storico e culturale nazionale, l'uscita dal territorio della Repubblica ...”*. In proposito, D.VAIANO rileva come *“nel sistema vigente fino all'emanazione del Codice dei beni culturali, dunque, il divieto di esportazione si fondava sull'applicazione di due criteri concorrenti: quello del danno (non più ingente dopo la riforma del 1972) al patrimonio storico e culturale nazionale e quello dell'inerenza del bene a determinate categorie di beni, tra le quali veniva naturalmente ricompresa, innanzitutto, quella dei beni dichiarati di interesse culturale particolarmente importante od eccezionale”*, osservando come, *“con riferimento al primo profilo, il nuovo Codice pare caratterizzarsi, in primo luogo, per l'eliminazione della concorrenza tra i criteri presi in considerazione per la definizione dei beni assoggettati al divieto di esportazione, venendo superato ogni immediato riferimento al danno, il quale non costituisce più un elemento la cui valutazione sia espressamente richiesta, caso per caso, per far scattare il provvedimento di diniego dell'uscita dal territorio nazionale”*, per cui *“rispetto a quanto ancora avveniva riguardo al*

Tale danno, da accertarsi in termini di concreto depauperamento per il patrimonio culturale, potrà dirsi sussistente soltanto in presenza di cose d'arte che, per qualità e quantità, presentino un *valore identitario* sufficientemente rappresentativo o significativo per il nostro paese, potendo gli uffici opporre un veto all'esportazione - quanto meno a quella c.d. *“intracomunitaria”* - soltanto in presenza di un'offesa in concreto per la memoria della comunità nazionale ovvero di un rilevante *vulnus* alla promozione dello sviluppo della cultura dei consociati.

Cosicché, non potrà trattarsi forzatamente entro i confini nazionali un oggetto d'arte soltanto perché si trova casualmente sul territorio dello Stato, ancorché lo stesso presenti un forte valore identitario per un altro paese membro (si pensi al noto caso della *commode* di Luigi XV esaminato dalla sent. TAR Lazio, Rm, II *quater*, 24.3.2011, n. 2659).

Più problematico appare invece il ricorso ad elenchi ovvero a valori c.d. *“soglia”* pre-determinati, non essendo ipotizzabili allegati onnicomprensivi e risultando tali parametri diversi in ciascuno degli Stati membri.

Del resto, il Considerando VII al reg. Ce 116/09 - ma analogo Considerando è presente nella dir. Ce 93/7 cit. - dopo aver affermato che *“l'allegato I del presente regolamento ha lo scopo di definire le categorie di beni culturali che dovrebbero formare oggetto di particolare protezione negli scambi con i paesi terzi”*, fa espressamente salva *“la libertà degli Stati membri di definire i beni da considerare patrimonio nazionale ai sensi dell'art. 30 del trattato”*.

In altri termini, l'allegato che correda entrambi i richiamati atti comunitari ha soltanto lo scopo di definire le categorie di *“beni culturali”* che dovrebbero formare oggetto di particolare protezione negli scambi extracomunitari, senza però incidere sulla libertà de-

dato letterale emergente dal T.U. del 1999, il nuovo Codice segue ormai unicamente il criterio dell'individuazione per categorie dei beni per i quali opera il divieto assoluto di uscita dal territorio nazionale” (L'ordinamento dei beni culturali in A.CROSETTI e D.VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2011, p. 104).



gli Stati membri ai sensi del suddetto art. 36 del TFUE.

D'altra parte, tenuto conto del potere discrezionale di cui godono gli Stati membri nel decidere il livello di tutela che intendono assicurare nel settore dei beni culturali, non è necessario che le misure restrittive adottate dalle autorità di uno Stato membro corrispondano ad una concezione condivisa da tutti i paesi circa le concrete modalità di tutela del *“patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale”*.

Invero, il fatto che uno Stato membro abbia scelto un sistema di protezione del patrimonio culturale differente da quello adottato negli altri paesi - ad es., il modello italiano risulta decisamente protezionista sol se si considera che i divieti di esportazione e le connesse funzioni di controllo attribuite alla pubblica amministrazione, espressamente definite di *“preminente interesse nazionale”*, risultano finanche presidiate con sanzioni di natura penale (cfr., artt. 64 *bis* e 174 d. lgs. 42/04) - non può rilevare ai fini della valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni adottate, dovendo queste ultime essere considerate soltanto alla stregua degli obiettivi perseguiti dalle autorità dello

Stato membro interessato e del livello di tutela che le stesse intendono assicurare al riguardo.

Deve, infine, tenersi presente che il suddetto principio implica la necessità che gli obiettivi di tutela del patrimonio culturale siano perseguiti dagli Stati membri in maniera coerente e sistematica, dovendo, in particolare, qualsiasi opzione protezionistica accompagnarsi alla concreta attuazione di politiche di effettiva valorizzazione dei beni culturali anche al fine di evitare di *“vincolare tutto per non controllare o valorizzare niente”*.

E' innegabile che la ragione che giustifica il divieto di esportazione non attiene alla protezione dell'opera in sé considerata - la quale potrebbe ricevere all'estero cure manutentive ben più accurate di quelle che in Italia vengono riservate alla medesima - ma *“alla possibilità - ipotetica ed astratta - di assicurarne in futuro la fruizione sul proprio territorio, nel caso di un eventuale, futuro intervento dello Stato volto all'acquisto di tale bene”* (così, TAR Lazio, n. 2659/11 cit.).

Ma è altrettanto innegabile che la tutela delle cose d'arte non può mai essere fine a sé stessa, costituendo piuttosto la premessa per una loro autentica valorizzazione.

«.....GA.....»