

MeR

Collana diretta da Adolfo di Majo

Andrea Montanari

LA PERFORMANCE ARTISTICA:
FATTISPECIE,
COMMERCIALIZZAZIONE
E RIMEDI



G. Giappichelli Editore - Torino

PREFAZIONE

Il libro di Andrea Montanari si confronta con la natura giuridica della *performance* artistica e cioè con quell'attività che ha già di per sé i connotati della creatività sul terreno artistico ma pur non riuscendo a isolarli e a renderli stabili, così da farli divenire una realtà a sé stante.

Il che induce a ritenere che la *performance* artistica, proprio nel suo aspetto esistenziale, si sottrae ad essere inquadrata "in un bene" dal punto di vista giuridico, tale da poter essere oggetto di proprietà o comunque di un diritto di appartenenza. Il che ha origine nel fatto che essa ha, in primo luogo, una consistenza mobile e/o meglio di difficile "apprensione", nella misura in cui tende ad identificarsi con la stessa attività di colui che ne è il creatore.

La difficoltà dunque di caratterizzarla come opera dell'ingegno, protetta ai sensi dell'art. 1 legge sul diritto d'autore, è più che evidente, proprio in considerazione del fatto, come si è detto, che essa, per il suo carattere, non riveste quel connotato di stabilità e durata, che è proprio di ogni opera degna di protezione. Eppure, proprio il suo carattere, è tale da evocare un bisogno di tutela che ne valorizzi il contenuto già invece creativo, e ne incentivi la formazione.

La forma giuridica dunque che appare più idonea a rappresentarne l'essenza è come sostiene l'Autore proprio quella della "prestazione", che figura oggetto di un rapporto obbligatorio.

L'obbligazione, com'è noto, è la forma giuridica che assumono i rapporti che strumentalmente sono il veicolo attraverso il quale si scambiano tra i soggetti beni od utilità. E ciò ha luogo strumentalmente attraverso lo scambio di "prestazioni". Ora la intrinseca natura della *performance* artistica è proprio quella di "una attività", ancora legata al suo autore, destinata a portare all'esterno un *aliquid novi* sul terreno artistico. E come ogni prestazione, oggetto di un rapporto obbligatorio, essa si carica dei caratteri

della professionalità, in quanto oggetto di un *facere* professionale, alla quale però strettamente si collega l'aspetto "personale" e cioè dell'essere espressione di un apporto "personale" ad essa immanente. Il che consente che, per essa, possa essere ricorrente l'alternativa che è propria della obbligazione, tra obbligazione di mezzi e di risultato. Se la forma del "mezzo" è propria del carattere professionale della prestazione, quella del risultato è intrinsecamente legata alla persona del suo Autore.

La professionalità della prestazione è tale da preconstituire, in primo luogo, lo strumento di tutela di colui cui essa è rivolta mentre il carattere "personale" di essa non può non richiamare, a favore del suo autore, il fascio di valori e interessi relativi alla tutela della persona. Possono ricorrere a tale riguardo "gli obblighi di protezione" che sono presenti nel rapporto obbligatorio, ove ad essere tutelato è più il debitore che il creditore della prestazione.

La "contrattualizzazione" della *performance* non può andare a detrimento della tutela della persona, che è autore della prestazione. Il che spiega, del resto, come proprio l'aspetto personale della *performance* artistica è tale da rendere la prestazione di per sé inesigibile secondo i comuni principi e altresì che l'assunzione della *performance* artistica nelle forme del diritto di credito, ai sensi degli artt. 1260 cod. civ., non può indurre a sottovalutare l'interesse "del debitore ceduto" e i valori della persona da esso rappresentati.

Il che può spiegare come esistono limiti significativi alla possibilità di "attivare" la *performance* artistica contro il volere del suo Autore, specie in ipotesi in cui per tale attivazione agisca il terzo cessionario del credito.

Oggetto poi di riflessione sono le forme che la *performance* artistica può assumere quando essa viene contrattata a distanza o in forma digitalizzata, ove dovrebbero essere applicabili i rimedi diritto comune contro l'inadempimento negli obblighi del venditore.

Su tutti codesti problemi si confronta l'opera del Montanari, il cui pregio è proprio di contribuire a dare "forma giuridica" alla *performance* artistica, destinata, come tale, per i suoi caratteri "effimeri", a rappresentare un elemento, come si è detto, mobile e sfuggente e difficile ad essere catalogato nelle comuni forme giuridiche.

Prof. Adolfo di Majo
Emerito di Diritto civile

RINGRAZIAMENTI

Il presente lavoro muove da un itinerario di studio durante il quale ho avuto la fortuna di incontrare studiosi di diversa estrazione culturale. A tutte queste persone va il mio ringraziamento più sincero, perché hanno contribuito in maniera determinante alla mia ricerca scientifica. Anzitutto sono grato al prof. Adolfo di Majo per aver accolto questo scritto nella Collana da lui diretta e per la prefazione da lui elaborata, della quale sono davvero onorato. Ci sono alcune persone, poi, che desidero ringraziare in maniera particolare: Alice Setari, la quale, a partire dall'invito a Kassel, in occasione di "DOCUMENTA (13)", ha reso possibile il nascere del mio interesse scientifico per le forme artistiche del nostro tempo; Giuliana e Tommaso Setari, i quali mi hanno mostrato la passione e l'educazione per l'arte; Nicola Setari, docente alla LUCA School of Arts di Bruxelles, per la sua disponibilità al confronto sulle categorie dell'arte contemporanea; gli "Amici del Castello di Rivoli", la cui frequentazione mi ha consentito l'accesso a fonti ineguagliabili di sapere. Il sapere artistico si è così fuso con il sapere giuridico, quello di cui pratico la docenza nell'Università "Mercatorum" di Roma e che ho coltivato sulla scorta degli insegnamenti impareggiabili del mio maestro, prof. Salvatore Mazzamuto, e in dialogo con i suoi allievi. La mia gratitudine va poi agli studiosi con cui ho avuto il privilegio di confrontarmi nel mio luogo di studio abituale: l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Tra questi, un particolare ricordo va ai proff. Carlo Castronovo e Antonio Albanese, per avermi concesso più di un'opportunità di colloquio. Un grazie sincero e davvero affettuoso va anche al prof. Giuseppe B. Portale, per la costante e generosa disponibilità con la quale ha sempre seguito i miei studi. Sempre a Milano devo i miei primi dialoghi sul diritto dell'arte con la prof.ssa Alessandra Donati, i quali mi hanno portato, peraltro, a dedicare attenzione allo studio giuridico della *performance* artistica. E ancora Milano è

stata il luogo d'incontro con la prof.ssa Laura Castelli, con cui condivido l'interesse scientifico e accademico per il diritto dell'arte e insieme alla quale ho dato vita, con i proff. Giorgio Afferni, Valerio Pescatore e Christian Romeo, a quella magnifica esperienza culturale che è la rivista "Arte e diritto". Quest'esperienza ha costituito, inoltre, l'occasione di conversazione e di confronto, su alcuni dei temi esplorati in queste pagine, offrendo un contributo affatto indifferente.

LINEE INTRODUTTIVE

IL DIRITTO DELL'ARTE CONTEMPORANEA

SOMMARIO:

1. Il dialogo tra arte e diritto per una “cultura del diritto dell’arte”. – 2. L’arte contemporanea e il diritto: «opera d’arte», «opera dell’ingegno» e «bene culturale». – 3. La *performance* artistica e il diritto: l’obiettivo del presente lavoro.

1. *Il dialogo tra arte e diritto per una “cultura del diritto dell’arte”*

L’arte rappresenta da sempre il punto di riferimento dell’interesse culturale, è occasione di dialogo e di riflessione. L’arte verrà guardata, in queste pagine, con gli “occhiali” del diritto, volendo offrire un contributo, appunto, al c.d. diritto dell’arte, del quale si parla sempre più spesso negli ultimi anni: vengono organizzati corsi specialistici e gli studi legali mirano ad avere una maggiore competenza nella materia. L’incremento dell’interesse dei giuristi per l’arte sembra seguire l’espandersi dell’interesse per l’arte in sé considerata. Il fenomeno nel suo insieme, pur avendo avuto alla sua origine una caratterizzazione elitaria, diffusa tra i collezionisti di opere facenti parte dell’alta borghesia, si è poi ampliato, conquistando ambiti sempre più numerosi di popolazione. L’emancipazione dell’arte dalla sua frequentazione elitaria ha generato una maggiore diffusione dei modelli associazionistici ruotanti attorno alle istituzioni culturali. Queste ultime hanno avuto l’effetto di generare l’avvicinamento delle persone agli studiosi d’arte e agli artisti, e soprattutto la conseguente propagazione della conoscenza delle forme artistiche emergenti nell’epoca attuale, in altre parole della c.d. “arte contemporanea”. Questo progressivo accostamento all’arte ha portato al diffondersi anche di interessi ulteriori rispetto a quello puramente cultura-

le: le opere d'arte vengono considerate, infatti, sempre più come oggetti d'investimento¹. L'arte è divenuta così il centro intorno al quale gravitano interessi economici di vario genere, i quali, talvolta, risultano complementari all'interesse culturale, talaltra, sono l'unico motivo trainante: in quest'ultimo senso, l'arte rappresenta un nuovo settore degli affari legato alle forme di investimento finanziario². Ed è sotto questo profilo che si è assistito alla crescita elevata del mercato dell'arte, correlata ad episodi di vendite di opere d'arte a prezzi alle volte davvero fuori misura, conseguenza di fenomeni speculativi simili a quelli presenti in altri ambiti economici.

La situazione ora descritta ha fatto emergere l'esigenza di regolazione del settore artistico, il quale, probabilmente anche in ragione della sua origine squisitamente elitaria, risulta caratterizzato, ancora attualmente, da prassi il cui esercizio risponde a regole puramente sociali, le quali qualche volta corrispondono anche a quelle giuridiche e altre volte, però, se ne distaccano, ingenerando una sorta di mosaico, i cui pezzi non sempre combaciano³. Proprio il combinarsi di tale prassi con la natura sempre più complessa delle relazioni che attraversano il mondo dell'arte ha determinato la crescita dell'interesse del giurista per l'arte. Interesse, che non risulta più coltivato solamente da qualche studioso e da qualche avvocato, spesso

¹ Al riguardo cfr. CH. HERCHENRÖDER, *Il mercato dell'arte*, tr. it. di A. Celsa, Milano, 1980, 274 ss.; F. POLI, *Il sistema dell'arte contemporanea*, Roma-Bari, 1999, 45 ss.; A. ZORLONI, *L'economia dell'arte contemporanea. Mercati strategie e star system*, II ed., Milano, 2016; G. GUERZONI, *L'opera d'arte è un bene d'investimento? Riflessioni correlate all'attuale struttura del mercato*, in *Economia dell'arte. Proteggere, gestire e valorizzare le opere d'arte*, a cura di G. Negri-Clementi, Milano, 2017, 3 ss.; A. ZORLONI-A. ZULIANI, *High Net Worth Individuals: mercato e collezionismo di opere d'arte*, *ivi*, 25 ss.; A. ZORLONI-P. GENCO, *Struttura e dinamiche evolutive del mercato dell'arte contemporanea*, in *Edt*, 1/2017, 5 ss.; S. SIMONCELLI, *Alcune riflessioni sul rapporto tra fondazioni d'artista e mercato*, in *Artists' archives and estates: cultural memory between law and market – Archivi d'artista e lasciti: memorie culturali tra diritto e mercato*, a cura di A. Donati, R. Ferrario e S. Simoncelli, Napoli, 2018, 177 ss.; G. TROVATORE, *L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain*, in *Arte e diritto*, 2022, 81 ss.

² L'arte come oggetto d'investimento dà rilevanza a connotati delle opere che hanno poco a che spartire con l'interesse puramente artistico: il carattere di "originale" rivestito dall'opera motiva un valore economico che può benissimo non corrispondere al suo valore artistico. Per qualche pagina di sicuro interesse sul tema v. S. HECKER, *Variazioni del concetto di originale nel tempo*, in *Conversazioni in arte e diritto*, a cura di L. Castelli e S. Giudici, Torino, 2021, 35 ss.

³ V. sul punto quanto scrive V. PESCATORE, *Le non-regole della creazione artistica e le norme che disciplinano l'arte*, in *Arte e diritto*, 2022, in corso di pubblicazione.

appassionati d'arte e collezionisti, ma – come si è detto in esordio – ha trovato e sta trovando una sempre maggiore diffusione⁴.

Per il giurista emerge, allora, l'esigenza di mettere nella corretta forma giuridica il variegato articolarsi del rapporto tra arte e diritto, il quale rappresenta un modo di essere del più ampio rapporto tra realtà sociale e diritto. E, da questo punto di vista, il metodo che appare più corretto seguire nell'elaborazione di un contributo all'emergente diritto dell'arte è quello che attinge alla dogmatica, la quale permette storicamente di offrire soluzioni di carattere universale e, quindi, maggiormente garantiste, rifuggendo dai particolarismi⁵. Sul fronte specifico della giuridicizzazione delle vicende artistiche, il metodo dogmatico permette di contemplare nell'ordinamento nuovi fenomeni sociali, rigenerando la sequenza di soluzioni-a-problemi integrata nel sistema.

L'assunto ora riferito conduce a meglio specificare il fine della ricerca giuridica nell'ambito artistico, il quale non sembra potersi ridurre al mettere nella corretta forma giuridica le vicende che interessano il mondo dell'arte. Questo è l'obiettivo "immediato", per così dire, di quella ricerca, ma allo stesso tempo se ne affianca un altro, che potremmo definire "sociale", giacché è rappresentato dalla creazione nella società di quella che mi piace chiamare "cultura del diritto dell'arte". Si tratta di uno scopo che, seppure "mediato" dal lavoro del giurista, è tuttavia alimentato, al contempo, dal dialogo del giurista stesso con gli operatori del mondo dell'arte⁶. Se, da un

⁴Sul punto si vedano, limitandoci alla menzione di alcuni contributi collettanei, AA.VV., *I diritti dell'arte contemporanea*, a cura di G. Ajani e A. Donati, Torino-Londra-Venezia-New York, 2011; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 1. *L'arte, il diritto e il mercato*, a cura di G. Negri-Clementi, Ginevra-Milano, 2012; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 2. *La circolazione delle opere d'arte*, a cura di G. Negri-Clementi e S. Stabile, Ginevra-Milano, 2013; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 3. *La protezione del patrimonio artistico*, a cura di G. Negri-Clementi e S. Stabile, Ginevra-Milano, 2014; AA.VV., *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma e A. Massaro, Roma, 2017; AA.VV., *Artists' archives*, cit.; D. DI MICCO-M. FRANCA FILHO-G. MAGRI, *Circolazione, cessione, riciclaggio. Alcuni profili giuridici dell'arte e del suo mercato*, Torino, 2020; AA.VV., *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, a cura di F. Bosetti, Pisa, 2021; AA.VV., *Conversazioni*, cit.; AA.VV., *L'archivio d'artista. Principi, regole e buone pratiche*, a cura di A. Donati e F. Tibertelli de Pisis, Milano, 2022.

⁵Cfr. L. MENGONI, *Dogmatica giuridica* (1988), in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, II ed., Torino, 2017, 87 ss.; ID., *Interpretazione e nuova dogmatica* (1988), *ivi*, 117 ss.

⁶Un bell'esempio di tale dialogo è offerto dai contributi raccolti in AA.VV., *Conversazioni*, cit.

lato, questi ultimi apprendono gli strumenti offerti dal diritto per fare fronte alle esigenze di tutela emergenti; dall'altro lato, gli studiosi del diritto accrescono il loro bagaglio giuridico, poiché vengono stimolati alla ricerca e ad una conseguente modulazione degli istituti giuridici in modo più conforme alle istanze provenienti dal settore artistico. La "cultura del diritto dell'arte" è il risultato, dunque, del processo cognitivo bilaterale ora descritto, e prende corpo nel diffondersi della consapevolezza sociale dell'esistenza di un ordine giuridico specificamente votato al governo delle vicende artistiche. Consapevolezza che genera, a sua volta, la responsabilizzazione degli operatori professionali, sospinta dalla maggiore scrupolosità e attenzione riposta dai soggetti con i quali interagiscono: si pensi, per limitarci a due esempi, ai rapporti tra galleristi e artisti, e alla qualità delle informazioni fornite sulle opere d'arte da parte dei proprietari o degli intermediari (mercanti d'arte, galleristi, case d'asta, ecc.). Ne segue la necessità, sul fronte della professione giuridica, di una specializzazione dei soggetti coinvolti e, quindi, di provvedere alla loro formazione.

È necessario, infine, procedere alla definizione più puntuale dell'espressione «diritto dell'arte», cui sin qui si è fatto ricorso, e ciò anche per segnare il perimetro dell'ambito scientifico della presente indagine. Quell'espressione allude alle diverse prospettive attraverso le quali è possibile leggere le questioni che interessano il mondo dell'arte dal punto di vista giuridico. «Diritto dell'arte» sostanzia, pertanto, una formula generica, alla cui specificazione risulta servente la definizione del settore giuridico a partire dal quale viene condotta l'analisi della realtà artistica⁷. Di conseguenza, esistono diverse branche di diritto dell'arte, tante quante sono le materie giuridiche dalle quali analizzare le vicende che interessano l'arte: il diritto dei beni culturali, il diritto bancario e finanziario dell'arte; il diritto della proprietà intellettuale dell'arte; per limitarci ad alcuni esempi. Lo studio condotto in queste pagine rientra nel "diritto privato dell'arte".

2. *L'arte contemporanea e il diritto: «opera d'arte», «opera dell'ingegno» e «bene culturale»*

Lo studio giuridico dell'arte è sollecitato in maniera particolare dalle

⁷ In proposito v. anche quanto scrive E. JAYME, *Alcune considerazioni sul diritto dell'arte e sul suo stato. Due esperienze nazionali a confronto*, in *Isaidat Law Review*, Special issue, 2020, 33 ss.

forme artistiche in cui prende corpo l'arte contemporanea, la quale include le opere che trovano diffusione tra il secolo scorso e quello attuale.

Le opere in discorso pongono le maggiori “sfide” per il diritto⁸. La differenza tra l'arte contemporanea e l'arte che in questa sede, per meri fini comparativi, possiamo definire “tradizionale” viene ben sintetizzata in dottrina dall'espressione secondo la quale le forme artistiche contemporanee hanno superato «la filosofia dell'appendo o appoggio»⁹. Detto altrimenti, l'arte contemporanea non è rappresentata soltanto da disegni, dipinti, sculture e, più in generale, da opere in cui la creatività dell'artista viene “fermata” e definita da una *res* materiale: *i.e.* la creazione. L'artista contemporaneo sperimenta nuovi modi di fare arte, dando luogo talvolta a opere effimere, inapprensibili, che non risultano “fissate” su un supporto materiale, ma che si caratterizzano per la natura fugace della loro fruizione. L'unico stadio di finitezza di tali opere può essere offerto dal ricordo impresso nella mente del soggetto che le osserva. Il carattere d'avanguardia di alcune delle forme artistiche che si diffondono nel '900 risiede proprio nel superamento del legame biunivoco tra l'opera d'arte e l'oggetto materiale. Nella letteratura uno dei momenti emblematici di tale passaggio viene individuato nella mostra, realizzata a Berna nel 1969, il cui titolo è particolarmente significativo per descrivere il mutamento culturale cui si sta parlando: *When attitudes become forms*¹⁰. La smaterializzazione delle opere trova riscontro nell'arte c.d. concettuale¹¹, la cui forza attrattiva o, se si preferisce, il cui “valore” prescinde dall'apparenza estetica, per poggiare essenzialmente sul messaggio lanciato dall'artista. Tale caratteristica porta, talvolta, l'opera concettuale a prescindere dall'oggetto materiale, assumendo con-

⁸ Cfr. part. A. DONATI, *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, 2012, *passim*.

⁹ A. CHIANALE, *Diritto e identità dell'opera d'arte contemporanea*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, cit., 58.

¹⁰ Cfr. H. FOSTER-R. KRAUSS-Y.-A. BOIS-B.H-D. BUCHLOH-D. JOSELIT, *Arte dal 1900. Modernismo – Antimodernismo – Postmodernismo*, ed. it. a cura di E. Grazioli, Bologna, 2013, 578 ss.

¹¹ Il primo artista ad usare il termine di «concettuale» per significare la sua arte fu Joseph Kosuth cui si deve l'opera *Una e tre sedie*. In quest'opera l'artista espone una sedia vera, un'immagine fotografica e la parola scritta: “sedia”. L'attitudine concettuale viene riconosciuta a diversi movimenti artistici tra cui la c.d. *Minimal Art*, *Process Art* e *Land Art*: cfr. F. POLI, *Minimalismo. Arte Povera. Arte Concettuale*, Roma-Bari, 2014, 7 ss., 157 ss.

notati puramente effimeri¹². L'accantonamento della materialità viene messo in risalto, inoltre, dai movimenti in cui gli artisti creano le opere facendo ricorso al proprio corpo: è il soggetto stesso che diviene l'oggetto-opera d'arte. Ed è in questa cornice artistica che s'inserisce anche la *performance art*, alla quale è dedicata la presente indagine giuridica.

Prima di addentrarci, però, nello specifico tema che ci occupa sembra opportuno procedere a una riflessione ulteriore sul passaggio della storia dell'arte ora sintetizzato. Si tratta di un approfondimento che motiva i problemi emergenti tra il diritto e l'arte contemporanea, mettendo in piena evidenza la distanza presente tra ciò che viene inteso come «opera d'arte» dal punto di vista storico, filosofico e culturale¹³, e quel che risulta, invece, giuridicamente significativo e quindi riconosciuto¹⁴. E, allora, ponendo mente agli indici normativi ove rintracciare la definizione di opera d'arte, il luogo normativo cui di primo acchito occorre prestare attenzione è la legge sul diritto d'autore (l. n. 633/1941)¹⁵, dalla quale affiora l'identificazione dell'opera dell'ingegno giuridicamente rilevante con le opere appartenenti

¹²Tra le opere concettuali occorre menzionare *Le vide*: un'opera realizzata da Yves Klein il 28 aprile 1958 nella Galerie Iris Clert di Parigi. L'artista eliminò tutto l'arredamento della galleria dipingendo di bianco l'intera stanza. Un ulteriore esempio di opera effimera è offerto da *Eternit* di Luca Vitone, realizzata per il Padiglione italiano alla LV Biennale di Venezia che si è tenuta nell'anno 2013. L'opera in parola stimola l'olfatto mediante diversi odori: rabarbaro svizzero, rabarbaro belga, rabarbaro francese, i quali mirano a trasmettere le sensazioni dei lavoratori delle vecchie fabbriche e, più in generale, della popolazione che vive a contatto con l'eternit: così L. COLLODEL, *Luca Vitone per l'eternità*, in *Insideart*, <http://insideart.eu>, 2.6.2013.

¹³Va detto, peraltro, che anche in tali ambiti il concetto di arte non risulta di semplice percezione e che il dibattito scientifico sullo stesso è reso particolarmente inquieto dalle forme artistiche contemporanee: cfr. per tutti H. ROSEMBERG, *La s-definizione dell'arte*, Milano, 1975; N. GOODMAN, *Ways of Worldmaking*, Eugene, 1978; A.C. DANTO, *Che cos'è l'arte*, trad. it. a cura di N. Poo, Truccazzano (Mi), 2014; nonché, con specifico riferimento all'opera di cui si parla in queste pagine, L. GIOMBINI, *Nel gesto, nell'atto l'arte della performance tra opera e evento*, in *Lebenswelt* (13), 2018, 130 ss. Rilevano, da diverse prospettive epistemologiche, la relatività del concetto di arte, U. ECO, *La definizione dell'arte*, Milano, 1983, spec. 138 e *passim*; F. BOSETTI, *Per uno studio dei rapporti tra "arte" e diritto privato*, in *Arte e diritto privato*, cit., 10 ss., 15 ss., 23 ss.

¹⁴Sulla distanza tra l'opera d'arte in senso giuridico e quella in senso socio-culturale v. quanto scrive L. GATT, *Le utilizzazioni libere: di opere d'arte*, in *AIDA*, 2002, 194 ss.

¹⁵Cfr. sul punto anche A. DONATI, *La definizione giuridica di opera d'arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea*, in *La Rivista del Consiglio*, 2017-2018, 118 ss.; G. MAGRI, *La circolazione*, in D. DI MICCO-M. FRANCA FILHO-G. MAGRI, *Circolazione, cessione, riciclaggio. Alcuni profili giuridici dell'arte e del suo mercato*, Torino, 2020, 28 ss.

all'arte figurativa, le quali vengono esemplate, in particolare, dalle opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e dalla scenografia (artt. 1 e 2, n. 4)¹⁶. Difetta, quindi, sul piano generale il riconoscimento delle opere d'arte che non trovano la loro forma espressiva nell'oggetto materiale¹⁷. E quest'assunto trova conferma allargando lo sguardo alle altre forme artistiche menzionate nell'elenco delle opere protette di cui all'art. 2, le quali presuppongono la presenza di un supporto materiale¹⁸: sotto questo profilo appare sintomatico che per le «opere transitorie» (art. 2, n. 3) l'Italia abbia esercitato la facoltà, contemplata dall'art. 2, § 2, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886 (Conv. Berna), di subordinarne il riconoscimento alla “fissazione” in una «traccia per iscritto o altrimenti»¹⁹. Non si ha maggiore fortuna, poi, se si volge lo sguardo agli artt. 144 ss. l.a., i quali derivano dall'attuazione della dir. 2001/84/CE, contemplando la disciplina del c.d. «diritto di seguito» dell'autore sulle vendite successive di opere d'arte e di manoscritti²⁰. Sul punto, l'art. 145 l.a. conferma la considerazione dell'opera d'arte come oggetto materiale, richiamando le arti figurative di cui al precedente art. 2, come «i quadri, i “collages”, i dipinti, i disegni,

¹⁶ Sul rapporto tra diritto d'autore e arte contemporanea v. di recente S. GIUDICI, *Arte e diritto (d'autore): alcuni spunti di riflessione*, in *Conversazioni*, cit., 18 ss.

¹⁷ Al riguardo v. part. M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1963, 77 ss., 94 ss., 217 ss.

¹⁸ Sulla rilevanza attribuita al «supporto» dell'opera cui lo stesso si riferisce v. il recente lavoro di F.SCA BENATTI, *Diritto d'autore e supporto dell'opera*, Torino, 2020.

¹⁹ Per l'analisi di diritto comparato della questione relativa al requisito della c.d. *fixation* con riferimento alle opere d'arte effimere cfr. A. DONATI, *Law and Art*, cit., 114 ss. dell'*e-book*, la quale pone al centro dell'indagine la «sfida» lanciata dagli artisti contemporanei al diritto d'autore mediante la realizzazione di opere, per lo più, immateriali. Sul punto, risulta paradigmatico l'esempio offerto dalle «opere di Tino Sehgal: si tratta di esperienze concepite per stupire, o sorprendere lo spettatore, in totale assenza di documentazione o traccia capace di mantenere nel tempo l'espressione ideata dall'artista. Non si tratta di una difficoltà a documentare; piuttosto di una scelta dell'artista, che esclude qualsiasi tracciabilità dell'opera, precludendosi in modo assoluto la possibilità di filmare o registrare l'opera» (*ivi*, 665-675 dell'*e-book*). Muovendo da questo quadro problematico, l'Autrice indaga, pertanto, le possibilità offerte dai diversi sistemi giuridici per attribuire tutela all'intenzione-idea dell'artista in sé considerata. V. anche già G. AJANI-A. DONATI, *Diritto classico e arte contemporanea*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, cit., 11 ss.

²⁰ Cfr. S. STABILE, *Il diritto di seguito nel mercato dell'arte contemporanea*, in *Il mercato dell'arte*, cit., 171 ss.; nonché già R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Padova, 2001, 69 ss.

le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie, nonché gli originali dei manoscritti, purché si tratti di creazioni eseguite dall'autore stesso o di esemplari considerati come opere d'arte e originali». Appare evidente, dunque, lo iato tra diritto e società: tra le opere d'arte riconosciute a livello giuridico e quelle contemplate dall'arte contemporanea, la quale non è riducibile, di certo, né all'arte figurativa, né alle opere d'arte materiali. Viceversa, la selezione legislativa di cui all'art. 2 l.a. sembrerebbe limitare a quelle il riconoscimento giuridico della creatività artistica dell'essere umano. È questo, d'altro canto, uno dei punti di emersione del dilemma che avvolge la dialettica, propria del diritto d'autore, tra il carattere illimitato della creatività dell'essere umano e l'esigenza di salvaguardare la tipicità dei diritti reali. Un argomento sul quale ci si soffermerà in maniera più approfondita più avanti nell'ambito dell'analisi sul rapporto tra il diritto d'autore e l'arte performativa.

Da una diversa prospettiva epistemologica, il superamento dell'identificazione dell'opera d'arte con l'oggetto materiale esibisce un mutamento culturale dell'attuale società, la quale non risulta più solamente connotata dall'interesse alla fruizione delle cose materiali, ma viene affascinata anche dall'immateriale²¹. In altre parole: si tratta di un mutamento che appartiene alla storia della società. Il quesito che si pone allora sul piano giuridico riguarda la verifica della comprensione di una tale maggiore complessità culturale. In questo senso, bisogna volgere l'attenzione alla disciplina dei beni culturali, la quale ha attribuito storicamente giuridicità all'attitudine di quei beni a testimoniare il sostrato culturale della comunità di appartenenza, per verificare l'integrabilità della nozione di «bene culturale» con le emergenti espressioni artistiche immateriali; e ciò a prescindere dai requisiti temporali di quella nozione (art. 10, co. 5, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n. 42/2004, in seguito "c.b.c.").

L'espressione «bene culturale» trova origine nella Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954 «per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato», anche se in dottrina va ricordato il ricorso alla medesima espressione da parte di Mario Grisolia²², il quale richiama, a sua volta, il Rap-

²¹ Con specifico riferimento alla diffusione della cultura dell'arte effimera in Italia v. L. VINCA MASINI, *Arte contemporanea. La linea dell'unicità. Arte come volontà e non rappresentazione*, II, Firenze, 1989, 895 ss.; F. POLI, *Minimalismo*, cit., 83 ss.

²² Cfr. M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, spec. 143-145.

porto degli esperti dell'ottobre 1949, redatto da Georges Berlia per conto dell'UNESCO²³. Un decennio dopo quella Convenzione, venne istituita in Italia, con la l. 26 aprile 1964, n. 310, la c.d. Commissione Franceschini per elaborare delle proposte di riforma della legislazione in materia di tutela del patrimonio culturale. E a quella Commissione si deve il ricorso, per la prima volta in Italia, della locuzione «bene culturale», la quale è confluita, poi, nell'attuale Codice dei beni culturali e del paesaggio²⁴. Il riferimento storico ora riferito non segnala soltanto una novità lessicale, ma rivela – e questo appare un dato abbastanza rilevante per il discorso appena effettuato – un mutamento di approccio, dovuto al movimento culturale teso al superamento della concezione meramente estetica di quel bene, per abbracciarne una storica. In origine, infatti, la tutela delle “cose artistiche” era legata alla loro particolare bellezza unita anche alla più generale politica nazionalistica favorita dai totalitarismi dell'inizio del secolo scorso. Ed è questa la «veduta»²⁵ che trapela dalle leggi n. 1089/1939 e n. 1497/1939 volute dal ministro Bottai e dedicate alle «cose d'arte» e alle «bellezze naturali». La tutela offerta dalle leggi in parola trovava la sua ragion d'essere nel pregio nella rarità delle cose artistiche e, le quali si distinguevano per la loro «non comune bellezza» (l. n. 1497/1939). Queste cose risultavano considerate dal punto di vista meramente statico, essendo del tutto assente ogni intervento volto a mettere in risalto la loro interazione con la società civile²⁶.

Diversamente, i lavori della Commissione Franceschini hanno segnato l'emancipazione dell'«interesse culturale» dalla valenza meramente esteti-

²³ Il punto viene rilevato da M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Tratt. dir. amm., Diritto amministrativo speciale*, II. *Il lavoro e le professioni. La cultura e i «media»*. *I beni, i lavori pubblici e l'ambiente*, II ed., a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 1462.

²⁴ Per la ricognizione storica della legislazione sui beni culturali in Italia v. tra gli altri M. FIORILLO in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Tratt. dir. amm., Diritto amministrativo speciale*, II, cit., 1449 ss., la cui analisi si arresta tuttavia a un anno prima dell'emanazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio; S. AMOROSINO, *Diritto dei beni culturali*, Milano, 2019, 1449 ss.; A. BUZZANCA, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza privata. Profili civilistici*, Napoli, 2019, 25 ss.

²⁵ Mi piace sul punto prendere in prestito l'espressione utilizzata da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 4, per alludere al «punto di vista a partire dal quale sono percepiti i problemi del mondo ed in relazione al quale sono strutturate le loro soluzioni giuridiche».

²⁶ Così M. FIORILLO in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1455. G. MAGRI, *Beni culturali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2011 (I agg.), § 1.

co-artistica del bene. Sul punto, risulta assai chiara la dichiarazione n. 1 della Commissione, secondo la quale «appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà [...]». Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà». L'attenzione va posta sul ricorso al lemma di «civiltà», il quale allude alla «forma particolare con cui si manifesta la vita materiale, sociale e spirituale d'un popolo [...] o anche la vita di un'età, di un'epoca»²⁷. Il riferimento alla «storia della civiltà» esibisce la «connotazione non giuridica» della nozione di cui si sta parlando, il cui contenuto dev'essere determinato avendo riguardo, pertanto, a discipline diverse da quella giuridica²⁸. E, ancora, quel lemma si riallaccia all'attributo di «culturale», riferendo così il connotato diacronico della nozione, la quale abbraccia la storia dei popoli di qualunque epoca²⁹. La «cultura» evoca infatti, nell'accezione tedesca del termine "Kultur", un messaggio di rilievo meta-individuale che si collega alle tradizioni e ai costumi che caratterizzano la vita sociale di un popolo³⁰.

La qualificazione di «bene culturale» trascende, dunque, l'essenza puramente materiale della cosa ed è l'esito di un giudizio incentrato sull'interesse culturale che la cosa stessa riveste ed è in grado di appagare³¹. L'indi-

²⁷ Cfr. *Vocabolario Treccani* online. Sull'uso di tale termine v. anche quanto riferisce G. MAGRI, *Beni culturali*, cit., § 1.

²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, 6 ss., spec. 8, secondo il quale quella di «bene culturale» è una nozione «liminale».

²⁹ Sul punto v. però la notazione critica di M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1465, il quale ritiene ambiguo l'uso della parola «civiltà», il cui valore semantico non coincide appieno con quello di cultura, con il rischio di considerare soltanto i beni culturali ereditati dalle culture progredite. Critico sulla nozione di bene culturale di cui si parla nel testo è anche A. GAMBARO, *Note preliminari alla nozione giuridica di bene culturale*, in *Conversazioni*, cit., 6 ss., il quale ne stigmatizza il carattere potenzialmente sconfinato, il quale è incompatibile con l'esigenza di assoggettare il regime giuridico dei beni culturali a una disciplina speciale.

³⁰ Sul punto cfr. part. F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale*, cit., 91 ss.; G. MAGRI, *Beni culturali*, cit., § 1. Critico sul punto M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1465, il quale rileva che la Commissione Franceschini si riferisce anche al paesaggio, e quindi ai beni ambientali, mentre «il concetto di cultura s'opponesse a quello di natura».

³¹ Sul punto cfr. part. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 3 ss., 24 ss. Che il concetto di bene culturale trascenda la materialità della cosa viene sottolineato, sotto diversi profili, da F. SAN-

viduazione del fondamento della categoria dei beni culturali nella *funzione culturale* dagli stessi assolta³² insieme al proliferare, soprattutto sul piano internazionale, di testi normativi che attribuiscono rilevanza giuridica alle *espressioni culturali* di natura immateriale hanno alimentato la questione sulla possibilità di emancipare la nozione di bene culturale dal connotato della materialità. Un connotato che, secondo un noto autore, appare sin troppo enfatizzato dalla Commissione Franceschini e che risulta poco vicino all'evolversi della società contemporanea, escludendo da quella nozione le espressioni culturali affidate al canto o al suono oppure al gesto teatrale³³.

La risposta a quel quesito, giova anticiparlo, sembra dover essere negativa. Occorre, infatti, porre attenzione agli indici che emergono dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, i quali veleggiano inequivocabilmente nel senso della necessaria materialità del bene culturale e della impossibilità, al contempo, di ipotizzare la categoria dei beni culturali immateriali. Sul punto, bisogna richiamare, in primo luogo, l'art. 2, co. 2, c.b.c., in forza del quale «Sono beni culturali le *cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà* [cors. agg.]». L'articolo ricalca la nozione elaborata dalla Commissione Franceschini, la quale si riferiva, però, alle *testimonianze materiali aventi valore di civiltà*. L'esclusione del riferimento alla materialità potrebbe deporre, allora, per un'implicita apertura della nozione ai beni immateriali. E, tutta-

TORO-PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1421 ss.; M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1466 ss.; V. PIERGIGLI, *I "beni culturali": interpretazione evolutiva di una nozione giuridica consolidata*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, a cura di V. Piergigli e A.L. Maccari, Milano, 2006, 36 ss.; R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1102 ss.; G. BALDON ZANETTI, *Il nuovo diritto dei beni culturali*, Venezia, 2016, 93; B. CORTESE, *Patrimonio culturale, diritto e storia*, in *Patrimonio culturale*, cit., 18 ss.; E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, *ivi*, 53 ss.; F. RIMOLI, *Profili costituzionali*, cit., 104 ss.; R. BENIGNI, *Tutela e valorizzazione del bene culturale religioso. Tra competenza statale e collaborazione con le confessioni religiose*, *ivi*, 115 ss.; C. GABBANI, *L'interesse artistico del bene culturale e la questione della non autenticità dell'opera d'arte vincolata*, in *Arte e diritto privato*, cit., 67 ss.

³² Su tale fondamento v. F. SANTORO-PASSARELLI, *I beni della cultura*, cit., 1423 ss.

³³ Così M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1465. Muove dalle normative sopra menzionate, per sollecitare la riconsiderazione della concezione materiale dei beni culturali, G. BALDON ZANETTI, *op. cit.*, 74 ss.

via, va evidenziato che lo stesso articolo 2 parla di *cose*, termine che rimanda inequivocabilmente alla materialità³⁴: da questo punto di vista il Codice dei beni culturali e del paesaggio ha respinto anche l'impulso offerto dal d.lgs. n. 112/1998 il quale, oltre a eliminare il riferimento alla materialità dalla nozione di bene culturale [art. 148, lett. a)], aveva aperto la strada all'inclusione delle attività culturali³⁵ nella nozione in parola [(art. 148, lett. f)]³⁶.

Sull'impianto normativo ora riferito è intervenuto il legislatore, recependo le indicazioni provenienti dalla Convenzione UNESCO del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, la quale rientra

³⁴ Che il riferimento alla *cosa* alluda alle entità materiali è pacifico ed emerge in maniera chiara dall'analisi giusprivatistica sulla nozione di bene (cfr. per tutti O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. cons. naz. not.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2007; A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 855 ss.). Analisi secondo la quale se, da un lato, l'identificazione dei beni con «le cose che possono formare oggetto di diritti» (art. 810 c.c.) associa la nozione di bene alle sole entità materiali, dall'altro lato, l'interpretazione sistematica estende tale nozione di là di tali entità, includendo anche quelle immateriali: basti in questa sede il riferimento alla disciplina sulla cessione dei beni ai creditori, nella quale l'art. 1977 c.c. individua tale cessione nel «contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti», facendo coincidere, pertanto, il bene con il frutto dell'attività economica. Va richiamato, poi, l'art. 1978 il quale fa coincidere espressamente la nozione di bene con i crediti: così F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 462 ss. Per una riflessione sulle nuove forme di ricchezza emergenti nell'epoca contemporanea, muovendo dalla nozione di bene contemplata dall'art. 810 c.c. e sulla sua attitudine a dettare un criterio ordinatore dell'*appartenenza*, nel senso di «legare la qualificazione di una entità – sia essa *cosa* o non lo sia – come bene giuridico alla sua attribuzione ad un soggetto titolare», v. C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 955 ss.

³⁵ Sulla necessità di superare la ricostruzione dei beni culturali tutta incentrata sulle cose-beni culturali, per includervi i beni culturali-attività v. S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini* (1975), in ID., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, 177-183.

³⁶ Il punto viene rilevato da A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1/2019, § 2. Sul d.lgs. n. 112/1998 e sulla tendenza ad estendere la nozione di bene culturale oltre le entità materiali v. quanto scrive M. AINIS in M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1465-1469. Il discorso fatto nel testo trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale v. esemplificativamente Corte cost., 30 luglio 1992, n. 388: «Lo Stato, nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, provvede alla tutela dei beni che ne sono testimonianza materiale e che assumono rilievo strumentale per il raggiungimento dei suddetti obiettivi (art. 9 della Costituzione)».