

# Isaidat Law Review

*A comparative approach to knowledge*

*Special issue 2020*

*Isaidat Law Review for Law and Arts*



Istituto Subalpino per l'Analisi e  
l'Insegnamento del Diritto delle Attività  
Transnazionali

Isaidat Law Review covers all aspects of comparative and transnational law. It is also dedicated to the neighbouring fields of legal anthropology, law and language, law and arts, law and the cognitive sciences, as well as to the dialogue between law and other disciplines. Articles are subject to double blind peer review.

La linea editoriale della Isaidat Law Review coinvolge tutte le aree del diritto comparato e transnazionale. Accoglie inoltre articoli sui temi contigui dell'antropologia giuridica, sui rapporti tra lingua e diritto, diritto e arti, nonché sull'apporto delle scienze cognitive al diritto e, più in generale, sul dialogo tra il diritto e le altre discipline. I contributi che appaiono sulla rivista sono soggetti a una procedura di peer review a doppio cieco.

Editor Prof. Rodolfo Sacco  
Deputy Editor Prof. Michele Graziadei  
Responsabile di redazione Dr. Domenico di Micco

**Comitato di direzione /Steering committee**

Gianmaria Ajani  
Gianantonio Benacchio  
Mauro Bussani  
Raffaele Caterina  
Rossella Cerchia  
Silvia Ferreri  
Antonio Gambaro  
Alberto Gianola  
Michele Graziadei  
Elena Ioriatti  
Barbara Pasa  
Barbara Pozzo  
Marina Timoteo

**Comitato scientifico internazionale / International advisory board**

Jürgen Basedow  
Pablo Salvador Coderch  
James Gordley  
Nicholas Kasirer  
Duncan Kennedy  
Hein Kötz  
Horatia Muir Watt  
Etienne Le Roy  
Vernon V. Palmer  
Reiner Schulze  
François Terré  
Jacques Vanderlinden

**Comitato editoriale / Editorial board**

Domenico di Micco  
Giovanni Boggero  
Bianca Gardella  
Marco Giraudo  
Geo Magri  
Sabrina Praduroux  
Federico Riganti  
Shaira Thobani

**Contacts**

[info@isaidat.org](mailto:info@isaidat.org) - [www.isaidatlawreview.org](http://www.isaidatlawreview.org)

ISSN: 2039-1323

Isaidat Law Review is supported by ISAIDAT - Subalpine Institute for the Analysis and Teaching of Transnational Affaires Law, under the patronage of the Accademia Nazionale dei Lincei.

Isaidat Law Review è sostenuta da ISAIDAT - Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali, ente di ricerca con il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

## Indice

Prefazione <i>Rodolfo Sacco</i> .....	5
--	---

### I - Law In and Around Opera

Le vicende del '48 e la travagliata nascita di Rigoletto <i>Domenico di Micco</i> .....	7
<i>Così fan tutte</i> vu par un juriste <i>Norbert Rouland</i> .....	27

### II - The Visual Arts: A Legal Kaleidoscope

Alcune considerazioni sul diritto dell'arte e sul suo stato <i>Erik Jayme</i> .....	33
O patrimônio cultural como propulsor do desenvolvimento sustentável <i>Izabel Vicente Izidoro da Nóbrega</i> .....	39
National laws on private collections: Problems and solutions <i>Elina N. Moustaira</i> .....	61
Serve o padrone? Una riflessione sul ruolo delle nuove tecnologie nel mercato dell'arte <i>Geo Magri</i> .....	72
La preservación del grafiti como parte del patrimonio cultural urbano <i>Marcílio Toscano Franca Filho</i> .....	91

## **PREFAZIONE**

Il Secolo breve ha offerto allo sguardo del giurista orizzonti sempre più lontani.

Con il suo rapido e mutevole divenire, il Novecento ha infatti portato in dote alla scienza giuridica l'interazione con discipline che sino ad allora sembravano a quella estranee e da quella lontane. In tutto ciò, il giurista ha acquisito prospettive e metodologie d'indagine che solo cento anni prima gli erano sconosciuti.

La linguistica ci ha insegnato a ricercare rapporti minimi tra le unità del diritto e a ordinarli tra loro secondo strutture logico-funzionali da cui ricavare costruzioni esegetiche affidabili; l'antropologia ci ha insegnato a percepire la regola come relativa: nello spazio, nel tempo, nelle culture; Freud poi, rivoluzionando l'indagine nella mente e nell'anima dell'uomo, ci ha costretti a ripensare la dimensione soggettiva del diritto e dei suoi elementi più reconditi.

Le scelte di politica economica, pianificate e non, che da Bretton Woods al WTO hanno ridisegnato e dettato gli equilibri del mondo, ci hanno invece insegnato a leggere e a sentire il fenomeno giuridico quale variabile di un gioco molto più ampio; ora allegro, ora triste.

Le scienze dure, infine, un po' come avvenne già alle soglie della Modernità, sembrano riscrivere l'intero paradigma delle società umane, proiettandole a grandi balzi verso un futuro che pare a tratti seducente e a tratti inquietante. L'informatica pervade spazi sempre più ampi del nostro quotidiano; l'algoritmo regola e organizza settori via via crescenti delle nostre vite e le nanotecnologie si applicano sempre più facilmente anche a quegli ambiti che maggiormente interrogano le nostre coscienze e la nostra identità. E in tutto questo il diritto in parte subisce il cambiamento e in parte partecipa alla sua realizzazione.

Così, la vera lezione del Novecento, sembra potersi riassumere proprio in questa osmosi continua e necessaria delle conoscenze che ha portato in dote al diritto temi, conoscenze e orizzonti nuovi. E neppure le arti sono estranee a questo processo.

Isaidat Law Review è uno strumento di conoscenza duttile, a servizio di tutto ciò.

Con questo spirito prende forma il presente Special Issue 2020 – Isaidat Law Review for Law and Arts.

Torino, 23 ottobre 2020

Rodolfo Sacco



## LE VICENDE DEL '48 E LA TRAVAGLIATA NASCITA DI RIGOLETTO

*Quando un contratto e la paventata azione per il suo inadempimento salvarono l'opera da un naufragio ormai certo*

*Domenico di Micco\**

Le arti sono il dono del genio all'umanità. Sono infatti il risultato meraviglioso di un coltivato talento che, superando le vie della comunicazione ordinaria, affida il suo messaggio all'empatia e ai sensi del suo destinatario. Sono quindi un altro modo di esprimere e di comunicare.

Eppure, sebbene percorrano vie lontane da quelle del sapere e del diritto, anche le arti sono in fondo un prodotto del reale e, come tali, vivono anch'esse le dinamiche e le vicende che quest'ultimo ci propone quotidianamente. Così, se è vero che la grandezza artistica di Verdi e del suo genio musicale non formano direttamente l'oggetto del sapere del giurista, è però altrettanto vero che le vicende e le disavventure storiche e giuridiche in cui il prodotto del genio incappò vi rientrano eccome.

Il presente contributo si propone allora di ripercorrere le vicende che fecero da sfondo alla nascita dell'opera Rigoletto giacché il diritto ebbe in quelle un ruolo tutt'altro che secondario.

*We can say that arts are genius' gift to humanity. They are in fact the marvellous result of a cultivated talent that, going beyond the ways of ordinary communication, entrusts its message to its public's empathy and senses. For this reason, arts are another way of expressing and communicating.*

*However, even if arts travel paths far from legal knowledge, they still are a product of the real world and, consequently, they live all dynamics that the world proposes to us every day. By this way, while the artistic greatness of Verdi do not directly form the object of jurist's knowledge, Rigoletto's historical and legal misadventures do it.*

*This paper therefore proposes to retrace the vicissitudes that formed the background to the creation of Rigoletto, since law had a role those events.*

---

\* Professore a contratto nell'Università L. Bocconi di Milano; assegnista di ricerca in diritto privato comparato nell'Università di Torino.

## 1 PREMESSA. LEGGERE L'OPERA DI VERDI

Dell'opera di Giuseppe Verdi molto si è detto e molto si dirà anche domani.

Tanti e autorevoli studiosi hanno infatti scritto del cigno di Busseto seguendo ora un imprescindibile filone di studi drammaturgico-musicali<sup>1</sup>, ora un altrettanto fortunato filone di studi storico-risorgimentali<sup>2</sup>; e se i primi ci hanno lasciato le sapienti pagine dedicate alla drammaturgia verdiana o quelle, altrettanto preziose, dedicate alla scelta delle dimensioni sonore attraverso cui Verdi dà vita al libretto, i secondi ci hanno invece raccontato il Verdi personaggio del Risorgimento italiano: fervente mazziniano e repubblicano prima, deluso senatore del Regno d'Italia poi; ma su tutto, colonna sonora d'Italia e patriota.

Può anche succedere però che uno sguardo inaspettato si poggi sull'opera e sul suo mondo. Penso qui allo sguardo del giurista, tradizionalmente restio a compiere simili incursioni ma poi visibilmente appagato nel farle.

Il giurista guarda allora a come gli istituti vengano fatti vivere nell'opera – dal contratto al matrimonio, dall'eredità al testamento – e a come la stessa figura del giurista venga rappresentata nell'opera: giudici e notai su tutti<sup>3</sup>.

Accanto a ciò è però anche possibile che il diritto stia intorno all'opera; magari prima o, forse, a latere. È possibile cioè guardare al diritto non solo in quanto elemento narrativo di un libretto bensì in quanto elemento prodromico ed essenziale alla nascita dell'opera stessa; in questo senso dico che il diritto sta anche intorno all'opera.

L'opera è infatti certamente e prima di tutto un prezioso dono dell'arte e del genio ma, al pari di ogni altro prodotto della cultura umana, prende forma nel reale sicché non va estranea né alle vicende della storia, né alla complessità del mondo e così neppure alle dinamiche del diritto.

Muovendo allora da quest'ultima evidenza, le pagine che qui prenderanno forma cercheranno di raccontare le vicende storiche e giuridiche che si mossero intorno alla nascita di Rigoletto. Perché se il genio ci ha dato l'opera, è anche perché il diritto – almeno un po' – gli ha forzato la mano.

## 2 FALSE PARTENZE

Alla Fenice di Venezia, dopo aver già dato Ernani nel 1844 e Attila nel 1846, nella primavera del 1847 Verdi sta promettendo una terza opera<sup>4</sup>. Non ha molta voglia di tornare a Venezia «essendo quell'aria perniciosissima per la sua salute»<sup>5</sup>; l'ultima volta, infatti, durante le prove dell'Attila, era stato costretto a letto da un'affezione reumatica, grave al punto che si era addirittura temuto per la sua vita. In più, conta di partire presto per Londra per mettere in scena i Masnadieri, e ci tiene moltissimo.

<sup>1</sup> P. PETROBELLI, *Osservazioni sul processo compositivo in Verdi*, in *Acta Musicologica*, vol. XLIII, fasc. III, 1971, pp. 125-142; M. BRUNI, *Funzionalità drammatica dell'accordo di quarta e sesta nello stile di Verdi*, in *Atti del I Congresso internazionale di studi verdiani*, Parma 1966; F. D'AMICO, *Note sulla drammaturgia verdiana*, in *Analecta Musicologica*, XI, *Colloquium Verdi-Wagner*, 1972, pp. 272-287.

<sup>2</sup> F. ABBIATI, *Giuseppe Verdi*, Milano 1959; G. BALDINI, *Abitare la battaglia. La storia di Giuseppe Verdi*, Milano 1970; A. LUZIO, *Carteggi Verdiani*, voll. I e II, Accademia d'Italia, Roma 1935.

<sup>3</sup> S. FERRERI, *Legal Issues in Italian Opera*, in *Law and Opera*, F. Annunziata, G. Colombo, a cura di, Springer, 2018, pp. 103-117.

<sup>4</sup> G. CESARI, A. LUZIO, *I copialettere di Giuseppe Verdi*, a cura della Commissione esecutiva per le onoranze a Giuseppe Verdi, nel primo centenario della nascita, Milano 1913, rist. Bologna 1968, p. 16.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 32.

Ciononostante Mocenigo<sup>6</sup> è a Milano e vuole chiudere con Verdi il contratto per l'opera che si vorrebbe in scena al Carnevale venturo. Non sappiamo molto di più intorno a questa trattativa – che emerge dai carteggi – e che non andrà a buon fine.

Un secondo tentativo sarà però fatto già pochi mesi dopo, esattamente l'8 marzo 1848, quando l'appaltatore teatrale Lasina propone a Mocenigo di ingaggiare Verdi o Meyerbeer per l'«opera d'obbligo» della stagione successiva, proponendosi di pagare ben 27.000 lire austriache<sup>7</sup>. Neppure questo secondo tentativo vedrà però la luce ma questa volta la responsabilità sarà tutta della storia. Da qualche mese infatti un vento di rinnovamento scuote l'Europa. Tutto sta cambiando o, almeno, tutto ha voglia di cambiare.

### 3 LA PRIMAVERA DEI POPOLI

Quasi trent'anni prima a Waterloo, e precisamente il 18 giugno 1815, il duca di Wellington e il feldmaresciallo von Blücher, rispettivamente a capo dell'esercito britannico e prussiano, avevano posto fine all'epopea napoleonica che negli ultimi vent'anni aveva sconvolto e ridisegnato l'Europa intera.

Alla disfatta di Napoleone seguì quindi il Congresso di Vienna dove Metternich riuscì ad imporre l'idea secondo cui sarebbe bastato far correre all'indietro le lancette della storia per garantire decenni di pace e stabilità in Europa. All'atto pratico quell'idea si sarebbe tradotta nella restaurazione sui rispettivi troni di tutti quei sovrani che, uno dopo l'altro, erano stati via via spodestati dalle campagne di Napoleone.

E l'idea in sé magari avrebbe anche potuto funzionare – e in parte funzionò – se non fosse accaduto che quei sovrani restaurati, senza perdere tempo, presero a cancellare nei rispettivi Stati ogni traccia di quello spirito illuminato, borghese e liberale che ad ampi tratti aveva caratterizzato la vicenda napoleonica nei suoi aspetti giuridici e ancor più sociali. In altre parole, l'idea di Metternich si tramutò in un sostanziale ritorno ai modelli sociali e politici di fine Settecento e così si tradusse nei fatti in una repressione dello spirito liberale.

Il 1848 è l'anno in cui quest'ordine restaurato da Metternich fu messo a ferro e fuoco dalla Primavera dei Popoli che scosse l'Europa. Come ha scritto lo storico inglese Lewis B. Namier.

La rivoluzione del 1848 seguì a un periodo di fioritura intellettuale quale in Europa non si era mai conosciuto né si conobbe più; sopraggiunse in un momento in cui gli stessi governi cominciavano a sentirsi impari alle nuove circostanze e ai nuovi problemi; in un periodo di crisi finanziaria e di angustie economiche, ma di movimenti sociali disuniti o anche contraddittorii. Un numeroso proletariato urbano viveva nelle capitali in rapido sviluppo; gli artigiani indipendenti stavano combattendo una prolungata battaglia perduta contro l'industria moderna; i lavoratori delle fabbriche cominciavano la loro battaglia per un'esistenza umana.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Al tempo dei fatti, il conte Alvise Francesco Mocenigo era il Presidente agli spettacoli del Teatro La fenice di Venezia.

<sup>7</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Felice*, Milano 1983, pp. 181-183. Si noti anche che la cifra è davvero ragguardevole, basti pensare che è quasi il triplo del compenso che, solo tre anni prima, Verdi aveva percepito per Ernani.

<sup>8</sup> L. B. NAMIER, *La rivoluzione degli intellettuali*, Torino 1957, p. 53.



L'esigenza di giustizia sociale e di profonde riforme era quindi sentita ovunque e a questo fermento gli Stati italiani furono tutt'altro che estranei. Il 12 gennaio 1848, Palermo, guidata da Giuseppe La Masa e Rosolino Pilo, insorge contro Ferdinando II. La città siciliana si accende di uno slancio indipendentista che in pochi giorni infiammerà tutta l'isola e il 23 gennaio il Comitato generale palermitano dichiara decaduta la monarchia borbonica. Il 27 gennaio anche Napoli si solleva contro Ferdinando e quest'ultimo allora, nel tentativo di non restare travolto dalla piena, l'11 febbraio promulga la Costituzione del Regno delle due Sicilie.

Il 17 febbraio Leopoldo II d'Asburgo-Lorena concede la Costituzione del Granducato di Toscana e poco dopo a Torino, Carlo Alberto di Sardegna, cercando anch'egli di giocare d'anticipo – anche perché raggiunto nel frattempo dalla notizia che Parigi era caduta in mano ai rivoltosi e che Luigi Filippo aveva abdicato dando così spazio alla nascita della Seconda repubblica – concede lo Statuto, avendo grande cura di chiarire nel suo preambolo come si trattasse di una «legge fondamentale perpetua e irrevocabile della Monarchia sabauda».

Neppure lo Stato pontificio va indenne da questo fermento. Se due anni prima, infatti, l'elezione al soglio di Pietro di Mastai Ferretti aveva incoraggiato le speranze e gli animi di quanti, dentro e fuori dal regno dei papi, auspicavano una stagione di riforme, ben presto – sia pur dopo qualche iniziale prova di cambiamento – il regno di Pio IX si era invero riposizionato su linee più conservatrici e ben poco liberali. Così, gli spiriti si riaccesero e il 14 marzo 1848 anche l'ultimo papa-re, scosso dagli stessi timori di Carlo Alberto, concede lo Statuto fondamentale per il Governo temporale degli Stati di S. Chiesa, istituendo accanto al Sacro Collegio ben due Camere legislative, l'Alto Consiglio e il Consiglio dei Deputati, e aprendo così le istituzioni romane alla partecipazione dei laici. Ma è già troppo tardi. Il 24 novembre Pio IX, travestito da prete, è costretto a fuggire da Roma per riparare a Gaeta e poco dopo, il 9 febbraio del '49, nascerà la Repubblica Romana guidata da Carlo Armellini, Aurelio Saffi e Giuseppe Mazzini. Avrà vita breve; ma segnerà nettamente quei tempi e, in un certo senso, anche ciò che verrà dopo.

Neppure il mondo tedesco sta a guardare. Sempre nel marzo del '48 Colonia e Berlino vivono le accese proteste di studenti e operai che, neanche a dirlo, invocano le riforme. Federico Guglielmo abbandona la capitale e promette la costituzione. A Vienna la rivoluzione scoppia il 13 marzo e segnerà l'immediato licenziamento di Metternich e con lui la fine di un'epoca. Da Vienna il vento di rivoluzione raggiunge il Lombardo-veneto e così il 17 marzo insorge Venezia e il giorno dopo è la volta di Milano. Il 22 marzo, nella battaglia di porta Tosa, i Milanesi mettono in fuga il maresciallo Radetzky, toccando così il punto più alto nella gloria di quelle cinque giornate. Lo stesso giorno Venezia proclama la Repubblica di san Marco – che durerà anch'essa circa un anno – e il giorno seguente Carlo Alberto dichiara guerra all'impero austriaco. È l'inizio della prima guerra d'indipendenza.

#### 4 IL '48 DI GIUSEPPE VERDI: MAZZINI, LA REPUBBLICA E QUELL'INNO MANCATO

Nel fragore di quel turbolento 1848 Giuseppe Verdi è un uomo di trentacinque anni già baciato dal successo di *Nabucco*, da quello di *Ernani*, de *I due Foscari*, di *Attila* e di *Macbeth*.

Dieci anni prima aveva lasciato Busseto per trasferirsi a Milano dove aveva ottenuto un contratto con la Casa di edizioni musicali Ricordi come «compositore di opere». L'approdo naturale di quell'ingaggio era stato quindi La Scala che da quel momento,

nel giro di pochi anni, avrebbe trasformato l'ambizione di quel giovane di provincia in un'affermata e solida reputazione internazionale.

Può già dirsi un uomo ricco, Verdi, che – contrariamente a chi vorrebbe un artista incapace di scelte concrete e buona amministrazione – gestisce personalmente e oculatamente la propria crescente fortuna, costruendo con cura quello che diventerà poi un importante patrimonio immobiliare e persino una vera e propria attività d'impresa agricola.

È quindi un uomo realizzato, ma non è felice. Ha da poco perduto i suoi affetti più grandi: prima il figlio e subito dopo la moglie, Margherita Barezzi, figlia dell'uomo che aveva coltivato il suo giovanile talento. Anche i trionfi scaligeri, in qualche modo, erano stati avvelenati dalle prime manifestazioni di quelle incomprensioni che sarebbero rimaste poi per decenni nei rapporti con il Teatro milanese.

Successo, ricchezza e riconoscimenti da soli non colmano il vuoto di quei lutti; ma poi qualcosa cambia.

Mentre l'Europa tutta, e l'Italia in particolare, si agita di quel cambiamento che abbiamo poc'anzi ricordato, Verdi lascia Milano e, tra un prolungato soggiorno parigino e uno più veloce a Londra, torna a vivere a Busseto. Ha da poco iniziato una fortunata quanto scandalosa relazione con Giuseppina Strepponi. La fortuna stava nella nuova vita che la donna infondeva in lui, mentre lo scandalo sarebbe arrivato di lì a poco, quando i due andranno a convivere more uxorio suscitando le irritazioni di tutti i benpensanti di Busseto, ovvero di tutta Busseto.

Sull'onda di quel nuovo sentimento, e forse anche per trovare rifugio da quel vociare di perbenisti, Verdi, sempre nel 1848, compra infatti la famosa tenuta di Sant'Agata di Villanova che diventerà "l'altra vita" del compositore e che nei decenni crescerà sino a raggiungere i mille ettari, comprendenti la villa, diverse case coloniche, un mulino e tutti i migliori investimenti in infrastrutture e meccanizzazione per l'agricoltura che fosse immaginabili per l'epoca.

Ma come stavamo dicendo, proprio mentre Verdi inizia la sua nuova vita in campagna con Giuseppina, tutto sta cambiando e nemmeno loro potranno rimanerne estranei. In quel trambusto politico, il compositore continua a viaggiare senza sosta: Londra, Parigi, Milano, Napoli, Busseto. E non manca neppure l'impegno civile.

Nasce infatti proprio nelle vicende dei moti del '48 il Verdi personaggio del Risorgimento di cui tanto si è scritto; e il personaggio si farà poi mito e padre dell'epopea nazionale.

Durante il già ricordato viaggio a Londra del '47 per la messa in scena de *I Masnadieri*, Verdi aveva infatti conosciuto Giuseppe Mazzini<sup>9</sup>. Tra i due probabilmente non scattò alcuna particolare simpatia sul piano umano e personale, ma di certo però, almeno in quel momento, si formò una reciproca ammirazione, resa ancor più salda dalla comune fede repubblicana. Lo stesso Verdi scriverà infatti al Piave che l'Italia dev'essere «libera, una, repubblicana»<sup>10</sup>.

Così, in quel 1848, sull'onda dell'entusiasmo per le Cinque giornate di Milano, Verdi riceve da Mazzini – che era rimasto disgustato dalla melodia che Novaro aveva composto per l'Inno degli Italiani (l'attuale inno nazionale) – l'incarico di musicare un inno patriottico, anche questo su parole di Mameli, da scriversi sulla falsa riga della Marsigliese<sup>11</sup>. Nonostante l'incarico, l'inno musicato da Verdi – e poi rivisto dallo stesso

<sup>9</sup> Così Mazzini alla madre, lettera del 22 giugno 1847, in *Sei*, vol. XXXII, pp. 183 e 187.

<sup>10</sup> Così Verdi a Francesco Maria Piave, lettera del 21 aprile 1848, in F. Abbiati, *Giuseppe Verdi*, op. cit., p. 745.

<sup>11</sup> Così Mazzini a Goffredo Mameli, lettera del 6 giugno 1848, in *Sei*, vol. xxxv, p. 213: «Cogli il primo momento d'ispirazione che non sia ricordo delle tue Grazie ma ispirazione bellicosa, popolare; e mandami un Inno che diventi la Marsigliese italiana; e della quale il popolo, per usar la frase di Verdi,

Mazzini che era anche un discreto chitarrista – non poté nulla contro la fortuna che nel frattempo l'Inno degli Italiani (Fratelli d'Italia) aveva già saputo guadagnarsi<sup>12</sup>. Con buona pace di Mazzini.

Ma lasciando da parte la vicenda dell'Inno, è bene qui notare che l'entusiasmo di Verdi per la repubblica si sarebbe spento di lì a poco. Lo stesso Mameli sarebbe morto di lì a breve nella caduta della Repubblica romana, quando di fatto i governi reazionari spensero l'entusiasmo liberale dei moti. In quel preciso momento gli ideali mazziniani persero buona parte del loro slancio: Mazzini aveva appiccato il fuoco, ma non aveva saputo domarne le fiamme. Anche Verdi, come molti altri, perse in quel frangente l'ardore politico per un'Italia da costruirsi come libera, una, e repubblicana. Non ne troverà mai un altro.

## 5 RITORNO ALLA NORMALITÀ

Con la caduta della Repubblica romana e della Repubblica di San Marco si chiude un po' ovunque negli Stati italiani la parentesi dei moti. Così, già nel dicembre di quell'anno, il '49, al San Carlo di Napoli andrà in scena Luisa Miller, rimasta anch'essa sospesa dalla rivoluzione, e Verdi può guardare finalmente a nuovi ingaggi.

Già da qualche tempo ha per le mani il dramma di Victor Hugo, *Le Roi s'amuse* che, in una lettera a Flaùto, impresario proprio del San Carlo, non esita a definire: «bel dramma, con posizioni stupende»<sup>13</sup>. Tuttavia, proprio durante l'allestimento della Luisa Miller, i rapporti tra Verdi e il San Carlo si sono incrinati<sup>14</sup>. Verdi decide però di non rompere del tutto con il teatro napoletano ma semplicemente di cambiare soggetto. Così a Napoli prometterà *Re Lear* e si terrà il testo di Hugo per i nuovi ingaggi con la Fenice di Venezia.

La scelta in sé è pressoché insignificante e, a distanza di quasi due secoli, sembra dire ancor meno. A ben vedere però ci permette di dar luce ad almeno due aspetti interessanti: il primo è che Verdi non rompe la trattativa ma si limita a cambiare soggetto, che a sua volta ci rivela come all'atto dell'ingaggio il compositore non fosse ancora vincolato circa il libretto da portare in scena.

## 6 TRATTATIVE PRECONTRATTUALI:

### a) negoziazione, contenuto, assenza di giuristi

Conclusa sulla laguna l'esperienza della Repubblica di San Marco, lentamente anche la Fenice si riorganizza e così, nel febbraio del 1850, tramite Francesco Maria Piave, il Teatro inizia a sondare la disponibilità di Verdi per portare in scena un'opera nella stagione che riaprirà in autunno.

Il ruolo di Piave è tutt'altro che marginale. Non si limita infatti a mettere in contatto le parti bensì contribuisce egli stesso alla determinazione del contenuto contrattuale: ad esempio, propone che il suo compenso di librettista sia posto a carico della Fenice, con-

---

scordi l'autore e il poeta».

<sup>12</sup> Per una puntuale ricostruzione del rapporto tra Mazzini e Verdi e della vicenda dell'inno nazionale dimenticato si veda C. ROMANO, *Mazzini visto da Verdi: da modello venerato di patriottismo a poeta esecrato* in Giuseppe Verdi e il Risorgimento, a cura di E. Capuzzo, A. Casu, A. G. Sabatini, Catanzaro 2014, pp. 51-71..

<sup>13</sup> G. CESARI, A. LUZIO, *I Copialettere di Giuseppe Verdi*, op. cit., p. 85.

<sup>14</sup> Ibidem.

trariamente a quanto era avvenuto per Ernani quando il suo compenso era stato messo in carico a Verdi.

Ma, come vedremo, è proprio Verdi che in questa storia rivelerà un inaspettato talento giuridico: parteciperà infatti con zelo e oculato calcolo alla determinazione degli elementi contrattuali di questa vicenda e lo stesso farà per tutta la sua vita.

Così, di lì a pochi giorni, il 28 febbraio, Verdi da Busseto scrive a Piave.

[...] Se si dovesse effettuare quel contratto tu puoi calcolare sopra di me: temo solo che le proposizioni non arrivino troppo tardi. Ti prevengo che non so se potrei combinare di farti avere il pagamento dalla Presidenza perché a me converrebbe tenere lo spartito. Forse ciò sarebbe anche più comodo per la Presidenza.<sup>15</sup>

Troviamo qui la prima conferma del Verdi avveduto manager di se stesso. In quell'ultima frase, infatti: Forse ciò sarebbe anche più comodo per la Presidenza c'è un evidente cenno di Verdi alle ben immaginabili difficoltà di cassa che il Teatro veneziano stava attraversando proprio quale conseguenza dei moti del '48 e del '49. Queste difficoltà – suppone qui velatamente Verdi – faranno sì che la Presidenza non potrà offrire nuovamente le 27.000 lire austriache che ricordiamo dalla seconda trattativa, poi sfumata per l'inizio dei moti; e questo induce allora Verdi a ritenere per sé più utile conservare la proprietà dello spartito e noleggiarlo alla Fenice per le recite della stagione in questione. Conviene a lui, conviene al Teatro.

Il tutto è confermato dalla proposta ufficiale del Teatro che raggiungerà Busseto, in forma di lettera, il 9 marzo, dove si legge.

[...] desideroso di far ammirare al pubblico veneziano un nuovo lavoro del suo distinto ingegno musicale, la invito a significarmi se abbia impegni per la vegnente stagione di Carnovale e Quaresima 1850-51. Caso che no, abbia la compiacenza di dirmi se assumerebbe di scrivere un'Opera seria per questo Teatro, ed a quali condizioni.

La Presidenza preferirebbe di lasciare a lei la proprietà dell'Opera stessa convenendo pel pagamento di un compenso a titolo di nolo per la prima sua produzione in questo Teatro.

Ma qualora la riserva della proprietà dovesse essere un ostacolo alla conclusione del Contratto, essa la terrebbe per sé o per l'Impresa, solamente nel richiederla delle pretese, la prega di aver presente che le sofferte vicissitudini hanno diminuito di lunga mano le risorse di Venezia, e per conseguenza di questo Teatro che non può più assumersi le paghe che altre volte concesse.<sup>16</sup>

È dunque più che confermato che le precedenti trattative con i rispettivi compensi sono ormai parte di un passato da dimenticare. Si noti però che questo a Verdi non dispiace più di tanto. Già da qualche anno sta accuratamente creando un nuovo rapporto con l'editore, con i teatri e con gli impresari. Ha infatti capito che può essere di gran lunga più redditizio per lui conservare la proprietà degli spartiti e, tramite una larga campagna di contratti di nolo, mettere in piedi lo sfruttamento costante e continuo dei diritti da quella derivanti. Verdi non è solo un grande artista; al contrario, è anche un

<sup>15</sup> F. ABBIATI, *Giuseppe Verdi*, op. cit., II, p. 56.

<sup>16</sup> La lettera è firmata da Carlo Marzari e controfirmata da Guglielmo Brenna, il primo Presidente agli spettacoli e il secondo Segretario di Presidenza. Si veda G. CESARI, A. LUZIO, *I Copialettere di Giuseppe Verdi*, op. cit., pp. 96-97.

uomo più che avveduto, che tra i primi ha capito il valore della possibilità di sfruttare nel tempo i benefici derivanti dalla proprietà intellettuale.

Così, coerentemente a questa visione, il 14 marzo, Verdi scrive alla Fenice, di fatto sposando la proposta del contratto di nolo ma non mancando di articolare dettagliatamente le sue condizioni:

[...] Lusingatissimo della domanda che mi vien fatta rispondo con tutta sollecitudine tanto più che non ho molto tempo d'impiegare in trattative.

[...] Ecco le mie condizioni.

1. Resterà lo spartito di mia proprietà, lasciando ben inteso, il diritto alla Presidenza di farlo rappresentare nel solo teatro La Fenice durante la Quaresima del 1851.
2. Sarà a mio carico il libretto.
3. L'opera andrà in scena ai primi giorni di Quaresima obbligandomi d'essere alla piazza 20 giorni prima dell'andata in scena.
4. Prova generale con decorazione e vestiario come alla 1° recita (teatro vuoto o con gente come piacerà alla Presidenza).
5. In compenso la Presidenza mi pagherà la somma di /6000/ seimila L. aus; metà al mio arrivo alla piazza metà nel giorno della prova generale.

Le rinnovo la mia preghiera di favorirmi una risposta al più presto possibile, riservandomi solo a segnare definitivamente il contratto quando saprò il nome dei principali artisti.<sup>17</sup>

Il contratto sarà dunque nolo e non compravendita. Colpisce altresì vedere la completezza e il dettaglio con cui Verdi fissa i contenuti contrattuali: conserva per sé la proprietà dello spartito, fissa i limiti del diritto di nolo per il Teatro, fissa le modalità di pagamento del suo compenso e non manca neppure di stendere una clausola finale in cui si riserva di sottoscrivere il contratto – che è anche un modo per dire che al momento niente è ancora concluso e che il rapporto obbligatorio non è ancora in essere – solo dopo aver saputo i nomi dei cantanti che ricopriranno i ruoli principali. È un buon avvocato di se stesso.

Non manca neppure di articolare un possibile ritocco alle condizioni che ha appena posto alla Fenice. Scrive infatti a Piave.

Ho ricevuto la lettera della Presidenza. Poiché tu sei a giorno di quest'affare è inutile con te il segreto. Tengo lo spartito per me: faccio fare io il libretto: lascio il diritto di fare tutte le rappresentazioni alla Fenice per tutta la stagione 1851; ed ho chiesto 6000 L. aus. Tu vedi che ho avuto riguardo ai tempi perché tre anni fa io rifiutai 30.000 L. aus: che tu mi offrivi, come ben sai...[...] Se dovesse essere causa di non combinare questo contratto la condizione di non lasciare alla Fenice che il diritto di farlo rappresentare nella sola Quaresima 1851, potrei lasciare una copia ad uso perpetuo del predetto teatro la Fenice, ma ci vorrebbe qualche aumento di paga...su questo lascio accomodare la cosa a te. Pensa però che questa condizione mi toglierebbe qualche migliaio di franchi dall'Editore. Se puoi lasciare le cose come sono è meglio.<sup>18</sup>

Da quanto appare nel carteggio qui riportato, per Verdi l'ingaggio è cosa fatta.

Qualche giorno dopo però, come apprendiamo da una seconda lettera a Piave, scopriamo che la Fenice non ha affatto accettato le condizioni del Maestro ma che, al con-

<sup>17</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, Milano 1983, p. 189.

<sup>18</sup> F. ABBATI, *Giuseppe Verdi*, op. cit., II, p. 58.

trario, sta cercando di spuntare un prezzo ancora più basso. La stizza di Verdi è ben visibile:

Da quanto mi scrivi l'affare di Venezia è mal incominciato! Se mi offrono 4000 L. aus. ogni trattativa resta sciolta. Domanda un po' alla Presidenza cosa hanno pagato il Machbet dopo un anno che s'era rappresentato a Firenze? Aggiungi che questa sarebbe opera espressamente scritta.

E l'importo del libretto? E le mie spese, e il mio incomodo? Il gran teatro della fenice vorrebbe stare al disotto del S. Benedetto che mi pagò 80 Nap. d'oro effettivi per la mise en scène dei Foscari che si erano rappresentati in dieci o venti teatri? No, no: io non faccio di questi contratti.

Ho domandato con somma riflessione una somma ristrettissima. Se alla Presidenza non conviene non havvi male alcuno. [...] Raccomando a te la sollecitudine d'una risposta per parte della Presidenza. Io non ho tempo da perdere.<sup>19</sup>

Lungi dal trovare un rapido accomodamento, le reciproche incomprensioni sugli aspetti economici del contratto proseguono a più riprese in un braccio di ferro che però vede entrambe le parti attente a non rompere le trattative. Alla fine Verdi avrà la meglio.

Ai primi di aprile, Brenna anticipa infatti a Verdi che il Teatro ha accettato tutte le sue condizioni<sup>20</sup>. La risposta ufficiale, stesa da Marzari, raggiungerà invece Busseto il 18 aprile.

Pel piacere di procurare a Venezia le primizie di un nuovo lavoro del primo Maestro italiano del giorno, salto a piedi pari ogni riflessione di economia, e Le accordo le austriache 6000 lire da Lei richieste a titolo di nolo, pagabili, com'Ella desidera, metà al Suo arrivo e metà il giorno della prova generale.

In compenso spero ch'Ella consentirà ad accordare:

[...] che resti a questo teatro esclusivamente il diritto di riprodurre lo spartito in stagioni successive; diritto che la Presidenza ha per costume di riservarsi per ogni spartito scritto espressamente. Ma diritto d'altronde che non può tornarle di danno, poiché è assai raro che il Teatro se ne valga. [...]<sup>21</sup>

Verdi non perde tempo. Di fatto ha ottenuto ciò che voleva e risponde a Marzari già il 18 aprile: .

[...] vedo che le condizioni sono ormai stabilite, e non resta che di far stendere le scritture, pregando solo che l'articolo dell'andata in scena sia presso a poco concepito in questi termini: "Il M° Verdi si obbliga d'essere alla piazza sul finire di Genajo per incominciare le prove col 1° Feb. 1851 ed andare in scena al più presto possibile. La Presidenza dovrà per quell'epoca mettere a disposizione del M° Verdi gli artisti che avranno parte nell'opera nuova".

La Presidenza avrà diritto di far rappresentare l'Opera al solo Teatro la Fenice anche nelle stagioni successive, e perciò potrà fare estrarre una copia del mio spartito originale, e tenerla gelosamente conservata nelli archivj del sud.to Teatro.

I cantanti saranno a mia scelta dall'Elenco della Compagnia. In quanto alle altre condizioni si potrà rimettere alla mia lettera del 14 marzo scorso [...] Se tu stendi

<sup>19</sup> Ibidem, p. 58-59.

<sup>20</sup> G. CESARI, A. LUZIO, *I Copialettere di Giuseppe Verdi*, op. cit., p. 101.

<sup>21</sup> Ibidem, pp. 100-101.

le scritture fa che siano brevi e ben chiare. Non mettere l'articolo sulla prova generale, vestiario e lumi, etc...<sup>22</sup>.

Il contenuto contrattuale è dunque individuato nei suoi elementi essenziali e anche in buona parte di quelli che potremmo definire impropriamente accessori. Colpisce però come il Maestro, sia pur dietro quello sbrigativo vedo che le condizioni sono ormai stabilite, non rinunci affatto ad intervenire personalmente nel definire le parole esatte, gli articoli e le clausole che costituiranno la stesura definitiva del contratto, così è, per esempio, per la clausola poc'anzi riportata.

Si noti altresì come Verdi non perda occasione di ritornare nuovamente sui dettagli del diritto di nolo. Dopo aver infatti concesso un generico diritto di rimettere in scena l'Opera anche nelle stagioni successive, ritiene di dover precisare – e precisa! – che tale diritto del Teatro riguarda solo la Fenice (evitando così che quel diritto si possa poi con qualche astuzia estendere ad altri teatri veneziani) e precisa pure che tale diritto include il poter fare copia dello spartito aggiungendo però che questo dovrà essere “gelosamente custodito”. In altre parole, Verdi ha grande cura di circoscrivere il più possibile e con la maggiore precisione possibile il contenuto del diritto di nolo che verrà acquistato dalla Fenice.

C'è poi un giudizio che il giurista non può non notare: fa che le scritture siano brevi e ben chiare. Come dire: il problema di dover evitare quanto più possibile opacità nel linguaggio giuridico era già ben presente anche nella mente di questo Verdi, inaspettato giurista.

Il contratto viene steso molto rapidamente, essendo quello essenzialmente solo da ricavarsi dal carteggio sin qui intercorso. Così, il 23 aprile, il contratto raggiunge Busseto e già il 28 aprile Verdi lo rispedisce a Venezia. Firmato<sup>23</sup>.

### *b) Una curiosa assenza: il soggetto musicale non è elemento di trattativa*

Si noti che sin qui non si fa mai cenno all'Opera; o meglio, al suo soggetto.

Compositore e Teatro iniziavano e concludevano infatti una trattativa come quella che abbiamo sin qui descritto, che mirava a fissare l'ingaggio e i reciproci obblighi contrattuali, ma che non entrava – almeno in questa fase – nel merito della scelta del soggetto, che rimaneva invece nella totale disponibilità del compositore.

Adesso il contratto è finalmente concluso e non c'è tempo da perdere. Siamo infatti alla fine di aprile del 1850 e l'Opera dovrà andare in scena a febbraio 1851. Verdi ha dunque solo nove mesi per scegliere il soggetto, affidarlo a Piave affinché ne ricavi un libretto e comporre tutta la musica. Impresa titanica. Nessun altro commento sarebbe appropriato.

Così, scrive subito a Piave, passando in esame alcuni soggetti che i due hanno in ballo da qualche tempo. E li scarta tutti, tranne uno:

Credo di non avere più nulla da dire sul contratto. Brenna mi scrive per Kean: ep-pure è un bel soggetto e voi lo vedrete quando col tempo lo farò<sup>24</sup>. Ma, non se ne parli più.

Stradella è appassionato, ma è meschino e tutte le posizioni sono vecchie e comuni. Un povero artista che s'innamora della figlia di un patrizio, che la ruba, che dal padre è perseguitato, sono cose che non presentano nulla di grande, nulla di nuovo.

<sup>22</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, op. cit., p. 195.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>24</sup> Anche “col tempo” Verdi non ne farà nulla.

Non conosco Stifelius, mandamene uno schizzo.  
 Il Conte Herman di Dumas lo conosco: non si può fare.  
 [...] Difficilmente troveremo cosa migliore di Gusmano il buono, nonostante avrei un altro soggetto che se la polizia volesse permettere sarebbe una delle più grandi creazioni del teatro moderno. Chi sa! Hanno permesso l'Ernani, potrebbero permettere anche questo, e qui non ci sarebbero congiure.

E qui la lettera prosegue impastandosi di uno tono appassionato. Prosegue, infatti, Verdi.

Tentate! Il soggetto è grande immenso, ed avvi un carattere che è una delle più grandi creazioni che vanti il teatro di tutti i paesi e di tutte le epoche. Il soggetto è *Le roi s'amuse*, ed il carattere di cui ti parlo sarebbe Tribolet che se Varesi<sup>25</sup> è scritturato nulla di meglio per Lui e per noi.

P.S. Appena ricevuta questa lettera mettiti quattro gambe: corri per tutta la città, e cerca una persona influente che possa ottenere il permesso di fare *Le roi s'amuse*. Non addormentarti: scuotiti: fa presto.

Con un simile slancio, il soggetto è quindi finalmente individuato.

Tuttavia, non possiamo non notare però come Verdi faccia già ripetuti accenni ai possibili problemi che la polizia – la censura austroungarica – potrebbe accampare verso il libretto. Per *Ernani* i problemi erano stati quasi insormontabili e, al solo pensiero di dover ripetere quelle difficili manovre, Verdi ritiene che Piave debba muoversi immediatamente. Anche presso quelle sue “influenti” amicizie che non appaiono mai in questa storia.

Verdi è però fiducioso e inizia un carteggio parallelo per gli ingaggi dei cantanti. Vuole questo e non quello; quel baritono ma non quel soprano. Ha già tutto in mente e non rinuncerà a nulla.

Certo, è tutto in salita: basti pensare che l'autore, Victor Hugo, al tempo godeva di una pessima considerazione presso i governi di mezza Europa ed era considerato alla stregua di un pericoloso sovversivo dall'altra metà. Piave ormai non può fallire.

## 7 VERDI E L'OCULATA CURA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Mentre Piave cerca di assicurarsi quel lascia passare che, come vedremo, sarà tutt'altro che scontato, alcuni giornali danno la notizia che l'ormai imminente stagione della Fenice è forse irrimediabilmente compromessa a causa di un serio dissesto finanziario. In effetti, a causa del mancato sussidio governativo, La Fenice è in gravi difficoltà di cassa al punto che tutti i contratti relativi alla stagione ormai imminente vengono temporaneamente sospesi<sup>26</sup>. Anche Verdi apprende della notizia dai giornali e, senza perdere tempo, scrive alla Presidenza della Fenice per trovare conferme o smentite.

Leggo sui pubblici fogli che la Fenice resterà chiusa nel prossimo Carnevale, ed i Cantanti messi a disposizione di altre Imprese. Desidero sapere dalla Presidenza

<sup>25</sup> Felice Varesi (Calais, 1813 – Milano, 1889) fu un celebre baritono che aveva già incontrato l'apprezzamento di Verdi nel *Macbeth* di Firenze nel 1847.

<sup>26</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, op. cit., p. 202.



stessa se queste notizie sono vere, ed in tal caso quali disposizioni, ed intenzioni ha a mio riguardo. Colla più profonda stima.<sup>27</sup>.

Nell'attesa di una risposta, Verdi abbandona il soggetto promesso a Venezia e lavora a Stiffelio, in programma a Trieste. Si arriva così alla fine di luglio quando la Presidenza della Fenice finalmente riceve il tanto atteso contributo erariale di 30.000 lire austriache. Non è molto, se ricordiamo che prima del '48 proprio quella cifra era stata proposta a Verdi quale compenso per una sola opera. Adesso quella somma deve bastare al Teatro per tutta la stagione e per tutti i relativi contratti. Si farà di necessità virtù.

Nel frattempo però Verdi, oltre a lavorare con Piave a Stiffelio, non smette di curare in prima persona gli aspetti economici e contrattuali della sua proprietà intellettuale e ancora una volta dimostrerà un'attitudine al negoziare tutt'altro che ordinaria.

Come già anticipato, da diversi anni ormai aveva capito che la vera ricchezza non stava nel vendere lo spartito a un teatro bensì nel conservarne la proprietà e i relativi diritti, da cedere poi infinite volte pro tempore e ricorrendo a diverse tipologie contrattuali, ai teatri che via via ne avessero fatto richiesta.

Con questo spirito, sebbene in quei giorni il futuro veneziano di Rigoletto sia molto incerto, Verdi avvia un'accurata trattativa con Ricordi. L'esito si avrà in questi termini: Ricordi acquisterà lo spartito (il cui prezzo è fissato in 14.000 franchi) ma Verdi, oltre a percepirne il prezzo, beneficerà pro quota di tutti i futuri proventi che deriveranno non solo dal nolo dello spartito ma anche dalla vendita delle riproduzioni dello stesso<sup>28</sup>.

## 8 I PROBLEMI CON LA CENSURA

Se la questione del dissesto economico della Fenice, sul finire di luglio, trova finalmente una svolta positiva, ben altri problemi stanno per abbattersi su Verdi, su Piave e sul loro soggetto il cui titolo non è ancora Rigoletto bensì La Maledizione. In giugno, infatti, Verdi aveva scritto a Piave.

[...] in quanto al titolo quando non si possa tenere Roi s'amuse che sarebbe bello... il titolo dev'essere necessariamente La Maledizione di Vallier, ossia per essere più corto La Maledizione. Tutto il soggetto è in quella maledizione che diventa anche morale. Un infelice padre che piange l'onore tolto alla sua figlia, deriso da un buffone di corte che il padre maledice, e questa maledizione coglie in una maniera spaventosa il buffone, mi sembra morale e grande al sommo grande.<sup>29</sup>

Ma oltre a rivelarci come ancora in giugno il titolo fosse La Maledizione, lo stralcio poc'anzi riportato ci consente anche una più profonda – per quanto incidentale – riflessione.

Le parole di Verdi, infatti – tutto il soggetto è in quella maledizione che diventa anche morale – certamente racchiudono e, in qualche modo, anche ricalcano lo spirito che lo stesso Victor Hugo aveva espresso nella prefazione al suo lavoro dove si legge.

Questo padre al quale il re ha preso la figlia, Triboulet lo deride e lo insulta. Il padre leva il braccio e maledice Triboulet. Da qui si svolge tutto il lavoro. L'argo-

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> La lettera autografa di Verdi a Ricordi, del 27 luglio 1850, è conservata presso l'Archivio di Casa Ricordi, Milano.

<sup>29</sup> F. ABBIATI, Giuseppe Verdi, op. cit., II, pp. 63-64.

mento reale del dramma è la maledizione del signor di Saint-Vallier. [...] la maledizione del padre di Diana si compie sul padre di Bianca. Senza dubbio non spetta a noi decidere se questa è un'idea drammatica, ma certamente è un'idea morale.<sup>30</sup>

Certamente – dice Hugo – ciò che prende forma come conseguenza della maledizione è un'idea morale. Dove morale, in qualche modo, significa giusto. C'è infatti il senso di una giustizia retributiva in questa idea di morale: Triboulet deride il dolore di Vallier, allora subisca lo stesso dolore.

È questa la tensione su cui si regge tutta l'opera. Una tensione che non può sfuggire al giurista dal momento che risveglia l'empatia del pubblico verso una concezione di giustizia certamente arcaica (che ben è sintetizzata in quel vendetta, tremenda vendetta che poi canterà lo stesso Rigoletto!) ma non per questo estinta. Al contrario, questo modello di giustizia, che ritroviamo ieri nelle civiltà mesopotamiche e oggi ancora in molte parti del globo, anche in Occidente (pensiamo semplicemente alla vendetta barbaricina), non si spegne mai del tutto: è, per così dire, visceralmente umano.

Ed è quindi questo il segreto dell'opera. Verdi coglie questa dimensione arcaica e quasi impronunciabile di una giustizia che non esita a definirsi morale e la accende nella tensione drammaturgica che imprime al libretto di Piave.

Ma i problemi di Verdi con la censura si formano già per molto meno.

Forse Piave si era effettivamente mosso al meglio di come aveva potuto ma ben presto viene raggiunto da una lettera di Marzari che solleva non poche perplessità circa la possibilità che il libretto superi il vaglio della censura. In seguito ai disordini del '48 le autorità dei governi restaurati si sono fatte ancora più determinate nel controllo dei libretti e delle pericolose idee che potrebbero contenere. Così Piave da Busseto a Marzari il 15 agosto.

[...] sento con meraviglia non poca, come l'ammissione del mio nuovo libretto per Verdi, tratto dal Roi s'amuse di Victor Hugo possa trovare qualche difficoltà. La ringrazio peraltro della buona disposizione per parte sua, e prendo coraggio a farle qualche osservazione in proposito, ch'ella si compiacerà far gradire agli altri signori suoi colleghi nonché al Sig. Conte Podestà ed alla I.R. Direzione dell'Ordine Pubblico.

La crudeltà dell'azione non è senza esempio, poiché Ernani, Foscari, Lorenzino, Macbeth, ecc, ecc, lo sono forse di più.

Il Re Francesco non vi è che storicamente dipinto, e la sua visita a Bianca è quasi simile né più né meno a quella di Carlo V ad Elvira.

Quanto poi al totale dell'azione, tanto a me che a Verdi ed a Lei apparirà moralissima, quando si vedano gli spaventosi effetti della maledizione di Saint-Vallier scagliati su Triboulet, il quale si permette di insultare un infelice padre che viene a cercare riparazione al macchiato onore di sua figlia ed all'onta del sangue suo. Più morale di certo di Ernani, di Foscari, ecc, ecc...

Noi fidati sulle vocali assicurazioni che tale argomento non avrebbe trovato difficoltà siamo già inoltrati nel lavoro, e Verdi al momento crede impossibile di cambiarlo, vista la ristrettezza del tempo, dovuta specialmente, alla sospensione, ed incertezza dei destini di codesto Gran teatro.

A tutte queste osservazioni mi piace di aggiungerne un'ultima, e forse non di minor peso, quella cioè che la politica vi è affatto estranea e che nel verseggiarlo ho tenuto e terrò la più scrupolosa castigatezza. [...]<sup>31</sup>

<sup>30</sup> V. HUGO, *Théâtre complet*, I, prefazione di R. Pournel, Paris 1963, pp. 1326-1327.

<sup>31</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, op. cit., pp. 207-208.

Con queste parole Piave sembra, per così dire, “mettere le mani avanti”. Si finge sorpreso dalle possibili difficoltà che sembrano addensarsi sul suo libretto e, forse un po' nervoso, si difende attaccando. Scomoda infatti i libretti del passato, tra cui *Ernani* e *Macbeth*, per rigettare di fatto le obiezioni. Paragona la moralità di questo libretto a quella dei precedenti, come a dire: se sono stati approvati quelli...ma è poi la chiusura della lettera che al giurista suggerisce forse qualcosa in più.

Con quel doppio riferimento alle vocali assicurazioni che tale argomento non avrebbe trovato difficoltà prima e al fatto che sia lui sia Verdi siano ormai già a buon punto del lavoro, al punto che Verdi al momento crede impossibile di cambiarlo, vista la ristrettezza del tempo, dovuta specialmente, alla sospensione, ed incertezza dei destini di codesto Gran teatro, Piave – sicuramente d'accordo con Verdi – sembra alludere qui alla possibilità di risolvere il contratto per un'impossibilità sopravvenuta (dovuta specialmente, alla sospensione, ed incertezza dei destini di codesto Gran teatro), non imputabile a loro. O quantomeno inizia a prepararsi quella via d'uscita.

Alla lettera di Piave fa seguito, pochi giorni dopo, quella dello stesso Verdi che ha grande cura di confermare la linea di Piave e mettere nero su bianco la possibilità che si risolva - o come dice lui si sciogla – il contratto:

[...] il dubbio che *Le Roi s'amuse* non si permetta mi mette in grave imbarazzo. [...] Posso dire che il principale, e il più faticoso lavoro era fatto. Se ora fossi costretto ad appigliarmi ad altro soggetto, non mi resterebbe più tempo di fare tale studio, e non potrei scrivere un'opera di cui la mia coscienza fosse contenta. Aggiungasi che, come le scrisse Piave, io non sono persuaso della Sanchioli, e se avessi potuto immaginare che la Presidenza facesse tale acquisto, io non avrei accettato il contratto. [...] Qualora questi ostacoli non fossero superabili credo sia d'interesse comune sciogliere il mio contratto [...].<sup>32</sup>

Quella di Verdi è sostanzialmente una chiusura: o il libretto supera il vaglio della censura e si cambia la cantante (della cui scelta si era espressamente riservato in fase di stesura del contratto) oppure inevitabilmente si arriverà a quello che lui indica come scioglimento del contratto e che verosimilmente avrebbe assunto le forme di una risoluzione per impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile dovuta alla censura, ovvero per *factum principis*.

Seguono delle vaghe quanto informali rassicurazioni da parte della Fenice cui Verdi però non presta più fiducia di quanta non meritino. In questo clima si arriva a novembre quando Verdi riceve da Marzari una lettera dai toni piuttosto preoccupati.

La locale I.R: Direzione Centrale d'Ordine Pubblico, con requisitoria 10 novembre corr., n. 8122, domanda che le si comunichi il libretto, ch'ella sta musicando per questo Teatro.

A tale domanda è indotta dalla voce sparsa che il dramma *Le Roi s'amuse* di Victor Hugo, dal quale il Sig. Piave trasse il suo nuovo lavoro, abbia avuto sfavorevole accoglienza tanto a Parigi che in Germania per la dissolutezza di cui va gonfio.

Fida nullamento la stessa Direzione Centrale che, attesa l'onestà del Poeta e la prudenza del Maestro, l'argomento sarà sviluppato in modo conveniente, ed è per assicurarsene che ne domanda comunicazione. [...].

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 209.

I presagi sono a dir poco pessimi, ma Verdi continua a lavorare e non demorde. Preme allora su Piave affinché si interessi di più alle sorti del libretto presso gli uffici della censura – «non prendere le cose con la solita tua flemma perché qui si tratta di d'affare serio e serio assai»<sup>33</sup> – e preme anche sul Teatro affinché faccia altrettanto. Il 1 dicembre, per lettera di Marzari, arrivano pessime notizie dalla Fenice:

Questa Presidenza non ebbe per anco comunicazione ufficiale delle decisioni dell'Autorità d'Ordine Pubblico sul Libretto *La Maledizione* del Sig. Francesco Maria Piave ch'ella sta musicando. Nulla meno il sottoscritto riseppe in questo punto che, malgrado tutti gli sforzi della Presidenza e del Poeta, l'argomento viene assolutamente rifiutato, con proibizione anco di proporvi qualsiasi ammenda.

Piave spera che, sostituendo al Re di Francia un feudatario contemporaneo e togliendovi qualch'una delle sconcezze di cui infatti è zeppo, possa essere riproposta quasi per intiero la tela. Ma la Presidenza, dopo i fatti tentativi, non sa lusingarsi di riuscita.

E però in riserva di comunicarle copia del Decreto tosto che giunga, la previene dell'emergente per quei provvedimenti che reputerà opportuni all'adempimento del proprio contratto. [...]<sup>34</sup>

La lettera non fa in tempo a lasciare l'Ufficio di Marzari che, inaspettato, giunge il Decreto della censura. Marzari allora riprende la lettera aggiungendo in calce copia del Decreto stesso e la spedisce rapidamente a Verdi che, oltre alle parole della Presidenza, può così anche leggere quanto segue:

[...] Sua Eccellenza il Signor Governatore Militare cavalier de Gorzkowski, con suo rispettato dispaccio 26 corrente n. 731, mi ha ordinato di partecipare a cod.a Nobile Presidenza ch'egli deplora che il poeta Piave ed il celebre Maestro Verdi non abbiano saputo scegliere altro campo per far emergere i loro talenti che quello di una ributtante immoralità ed oscena trivialità qual è l'argomento del libretto intitolato *La Maledizione*, per la di cui produzione, sulle scene della Fenice, codesta Presidenza ebbe a presentarlo.

La prelodata Eccellenza sua ha quindi trovato di vietarne assolutamente la rappresentazione, e vuole che in pari tempo io renda avvertita codesta Presidenza di astenersi da ogni ulteriore insistenza in proposito. [...].

Il decreto si commenta da solo. La sua durezza non sembra lasciare alcun margine di manovra.

Il tono è a tratti stucchevole e a tratti sprezzante, specie verso Piave e Verdi. E la reazione di Verdi non si fa attendere. Piccato, risponde alla Presidenza che, a queste condizioni, è allora impossibile andare avanti e che, quale segno del «suo buon volere», l'unica cosa che può fare è concedere anche a Venezia di rappresentare lo *Stiffelio* che è appena andato in scena, trionfalmente, a Trieste<sup>35</sup>.

Ribadisce poi fermamente che questa è l'unica via percorribile giacché non c'è tempo per riscrivere un'altra opera..

È però verosimile pensare che Verdi non creda davvero a un simile epilogo; forse è solo un modo per tentare di esercitare tutta la sua pressione contrattuale sulla Presidenza della Fenice affinché quella infonda tutta le energie di cui è capace per superare i problemi della censura.

<sup>33</sup> Così Verdi a Piave sul finire di novembre, F. Abbiati, *Giuseppe Verdi*, op. cit., II, p. 84.

<sup>34</sup> G. CESARI, A. LUZIO, *I Copialettere di Giuseppe Verdi*, op. cit., pp. 486-487.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 108-109.

## 9 IL CONTRATTO E GLI EFFETTI VERSO I TERZI: L'IMPRESA

Il carteggio prosegue e le settimane passano. Piave nel frattempo, ben lungi dall'idea di abbandonare il soggetto, ne ha cambiato il titolo – che ora è il Duca di Vandome – e, per andare incontro alla Censura, ne ha anche riscritto ampie parti. Come rileverà Verdi, il libretto ne è uscito invero parecchio rovinato. Di fatto, tutti quegli elementi che meglio esprimevano il carattere che Hugo aveva voluto imprimere al dramma sono spariti. Non c'è più un re assoluto e spregiudicato ma al suo posto un duca un po' goffo e un po' libertino che, a tratti, risulta pure simpatico; è sparito il sacco dentro cui viene riposto il corpo di Gilda e che permette la tensione del contenuto non visto fino alla fine del dramma; è sparita persino la gobba di Rigoletto e la stessa maledizione – motore del dramma – è completamente depotenziata.

Così ridotto, il libretto viene infatti finalmente approvato dall'Autorità d'Ordine pubblico e l'11 dicembre Marzari ne dà notizia a Verdi che, nel ribadire la sua posizione – ovvero o si fa *La Maledizione* come dev'essere oppure *Stiffelio* – di fatto rigetta il libretto senza però tralasciare di sottolineare quali modifiche dovrebbero esservi apportate affinché egli eccetti di musicarlo.

La fermezza di Verdi getta la Fenice nello scompiglio. Siamo infatti arrivati a dicembre inoltrato e, di lì a due mesi, il *Rigoletto* deve andare in scena.

Deve non solo per onorare la stagione operistica per come programmata, cosa che, certamente, già da sola basterebbe a caldeggiare una positiva conclusione della vicenda; ma deve anche e soprattutto perché il contratto coinvolgeva il terzo, vale a dire l'Impresa Lasina che si era impegnata economicamente a sostegno della produzione e dal cui impegno dipendevano a cascata per essa molti altri contratti, afferenti gli ingaggi dei cantanti, gli allestimenti e la produzione in generale. Sarà esattamente questo profilo contrattuale che coinvolge il terzo – vale a dire la paventata azione da parte di Lasina per il risarcimento danni derivanti dalla mancata messa in scena di *Rigoletto* – ad agire adesso quale elemento chiave nel forzare le parti a trovare una soluzione a tutti i costi.

Ma riprendiamo la narrazione per come ricostruibile dal carteggio.

Dopo aver ricevuto la lettera con cui Verdi rifiutava di musicare la nuova versione del libretto, la Presidenza della Fenice si trova spalle al muro. Il tempo manca e qualunque manovra porterebbe a segnare una disfatta. Così la Presidenza, di fretta e furia, riunisce a Venezia il librettista Piave e il direttore dell'Ufficio per l'Ordine pubblico, Martelli, per cercare di accogliere quanto più possibile le richieste di Verdi<sup>36</sup>.

Un accordo si troverà e anche abbastanza vicino alle richieste di Verdi. Ma a quel tavolo ormai c'è una diffidenza reciproca. Marzari è spiazzato dall'intransigenza di Verdi e sente su di sé tutto il peso e il biasimo di un eventuale fallimento; Piave, dal canto suo, si è trovato ad essere di fatto il capro espiatorio sia di Verdi sia del Teatro; e il censore – Martelli – infine, forse più degli altri, si sente costretto tra due fuochi: da una parte c'è infatti il suo essere Italiano e quindi ben comprende la questione e vorrebbe risolverla, dall'altra però c'è anche il suo essere il diretto sottoposto al governatore austriaco Gorzkowski e teme quindi su di sé le ripercussioni di concessioni troppo generose a quel libretto. In altre parole, a questo punto nessuno si fida più di nessuno e il tempo è davvero finito. E qui il diritto torna in campo.

La Presidenza decide infatti che occorre mettere nuovamente nero su bianco i reciproci obblighi. E questi devono però essere rapidamente sottoscritti anche dal più infles-

<sup>36</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, op. cit., p. 235.

sibile di tutti loro: Verdi. Occorre allora correre a Busseto e vincolare anche il Cigno mediante la sottoscrizione di un nuovo contratto. Qui di seguito il verbale con cui si decide di inviare a Busseto il Brenna, segretario della Fenice ma anche amico di Verdi:

[...] la esposizione, che potrebbe derivare alla Società proprietaria del Teatro da una protesta di danni dell'Impresa in caso che venisse a mancarle l'Opera del Maestro Verdi, trattandosi che il relativo Contratto fu cesso all'Impresa stessa con obbligo alla Presidenza di ottenere l'approvazione dell'Autorità d'Ordine pubblico è maggiore del danno che può derivarne all'amministrazione dall'Assenza di quell'Impiegato – Brenna – per soli quattro giorni.

visto che trattasi di persuadere il Maestro Verdi ad ammettere le mutazioni concertate; ciocché può ottenersi facilmente da ragionamenti verbali, che ammettono osservazioni, ma non per via di lettere, che esigono soverchio ritardo da corriere a corriere, ritardo che nel caso concreto toglierebbero il tempo materiale per compiere il lavoro musicale.

visto che il poeta Piave non vuole a nessun patto incaricarsi d'altro che della riduzione del libretto, né la Presidenza ha modo di obbligarlo ad assumersi la trattazione nell'interesse della Società proprietaria [...] <sup>37</sup>

Quindi si deliberò che Brenna partisse la notte stessa per Busseto per far poi ritorno a Venezia entro il quarto giorno successivo. E così Marzari a Brenna:

Entro la notte veniente, ogni eccezione rimossa Ella partirà per recarsi a Busseto in compagnia del poeta Francesco Maria Piave, onde concretare definitivamente il Libretto per la nuova Opera d'obbligo che assunse di scrivere il M<sup>o</sup> Giuseppe Verdi che trovasi colà, colle modificazioni concertate col Sig. Direttore Centrale dell'Ordine Pubblico Commendatore Martello [...] ch'Ella conosce per essere stato presente alla conferenza.

Del concertato col M<sup>o</sup> Verdi redigerà apposito verbale che rassegnerà poi alla Presidenza.

Non so abbastanza raccomandarle quest'importante trattativa che potrebbe abortendo incogliere la Società in grave rispondenza verso l'Impresa. <sup>38</sup>

A meno di due mesi dalla data convenuta per il debutto di Rigoletto, con la partitura ancora da ultimare, con il libretto appena approvato e con le prove e gli allestimenti da incominciare ex novo, ecco che l'esigenza di chiudere la vicenda con l'adempimento di quanto originariamente convenuto tra le parti, vale a dire la scrittura da parte di Verdi di un'opera d'obbligo per la stagione ormai iniziata, è qui l'unica soluzione possibile per evitare che i terzi – come si evince dal primo paragrafo del verbale poc'anzi riportato nonché dall'ultima frase della lettera con cui Marzari invia Brenna a Busseto – lesi nelle loro legittime prerogative contrattuali, si rivalgano sul Teatro per i danni derivanti da quell'inadempimento.

E così il diritto – vale a dire la paventata azione per inadempimento contrattuale dell'Impresa Lasina verso il Teatro – si riscopre qui motore conclusivo della vicenda; è infatti proprio la paura di dover risarcire ingenti danni a Lasina che spinge la Presidenza della Fenice a favorire in ogni modo la buona riuscita del libretto prima e dello spartito adesso.

<sup>37</sup> Ibidem, 236.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 239.

Così Brenna parte con Piave per Busseto, dove si stenderà un nuovo contratto a integrazione del primo.

Busseto 30 trenta Dicembre 1850 cinquanta  
Nella casa si abitazione del Maestro Giuseppe Verdi

In relazione all'incarico ricevuto con Ordinanza 27 xmvre corr. N. 93 della Presidenza della Società proprietaria del gran Teatro la Fenice di Venezia, il sottoscritto Segretario della Presidenza stessa invita il Sig. Maestro Verdi a concretare i cambiamenti, ai quali consente di assoggettare il libretto presentato sotto il titolo la Maledizione per essere musicato per la corrente Stagione di Carnovale, e Quaresiam 1850/51 a norma del Contratto 23 aprile 1850, p.p., e ciò a fine di rimuovere gli ostacoli opposti dall'Autorità d'ordine pubblico a permettere la produzione.

In concorso pertanto del Poeta Francesco Maria Piave, resta convenuto quanto segue.

L'azione si trasporterà dalla Corte di Francia a quella d'uno dei Duchi indipendenti di Borgogna, di Normandia o di taluno dei piccoli principi assoluti degli Stati italiani, e probabilmente alla Corte di Pier Luigi Farnese, ed all'epoca che converrà meglio di assegnarvi pel decoro, e la riuscita della scena

Si conserveranno i tipi originali dei caratteri del Dramma di Victor Hugo le Roi s'amuse cangiando i nomi dei personaggi a seconda della situazione, ed epoca che verrà prescritta

Si eviterà affatto la scena, in cui Francesco si dichiarava risoluto di profittare della chiave, di cui era in possesso per introdursi nella stanza della rapita Bianca E ciò sostituendovi altra scena, che conservi la necessaria decenza, senza togliere l'interesse del dramma.

Al Rendez-vous amoroso nella Taverna di Magellona il re, o duca andrà inviato da uno stratagemma del personaggio che sostituirà Triboletto.

Alla apparizione del sacco contenente il Corpo della figlia del Buffone, si riserva il Maestro Verdi all'atto pratico quelle modificazioni che saranno ritenute necessarie.

I cangiamenti di cui sopra esigendo tempo oltre a quello sin ora trascorso, dichiara il Maestro Verdi di non poter andar in scena colla nuova sua Opera prima del 28 febbraio o primo Marzo p.v..Dopo di che venne chiuso il presente colla firma dei convenuti.

G. Verdi  
F.M. Piave  
Guglielmo Brenna<sup>39</sup>

Si noti come questo nuovo contratto non ridefinisce il sinallagma che individua i reciproci obblighi delle parti né riprende alcun elemento di carattere economico. Il suo unico scopo è infatti quello di "inchiodare" Verdi all'adempimento di quanto originariamente da lui promesso, senza lasciargli più in alcun modo la possibilità di sospendere o complicare il concretarsi della vicenda eccedendo questioni di natura drammaturgica. Di fatto il contratto è il tentativo con cui Marzari e la Fenice cercano di assicurarsi l'adempimento di Verdi nei tempi adatti e secondo modalità che non creino altri conflitti con la Censura. Verdi, sia pur con le due riserve poc'anzi ricordate, accetta.

Passa poi ancora un mese – e si arriva così alla fine di gennaio – durante il quale Verdi lavora senza sosta. È letteralmente una corsa contro il tempo, in cui non mancheranno altre sorprese per il libretto, nuovamente modificato e quindi nuovamente sottoposto all'approvazione della Censura, né per la musica che Verdi compone quasi interamente

<sup>39</sup> M. CONATI, *La bottega della musica. Verdi e la Fenice*, op. cit., pp. 240-241.

in appena quattro settimane. Ma il giurista qui tace e non commenta la grandezza del Genio.

## 10 EPILOGO. SE IL CENSORE VUOLE FARE IL POETA...

Capita qualche volta che taluno s'incapricci di uscire dal ruolo assegnatogli dalla storia e voglia a tutti i costi rivestirne un altro. È quanto a questo punto capitò al censore, il Commendatore Martello che, non limitandosi più a verificare che il libretto di Piave fosse decoroso e non pericoloso per l'ordine ristabilito dopo i moti, prese egli stesso a fare il librettista. Tra le ire di Verdi e le maledizioni di Piave.

Dobbiamo infatti a lui e alle sue continue modifiche il Rigoletto che conosciamo. A lui si deve infatti se il duca di Vandome sia infine diventato il duca di Mantova; a lui se Bianca sia infine Gilda; se Cepriano sia mutato in Ceprano e se Castiglione sia infine Monterone. E ovviamente se il tutto si svolge a Mantova.

In altre parole questa è la tipica storia italiana in cui il burocrate interviene oltremodo nelle vicende verso le quali dovrebbe invece, per funzione, più opportunamente attenersi al vaglio.

Sta di fatto che così andò la storia di Rigoletto e, accontentato anche il censore-librettista, l'approvazione definitiva finalmente arrivò il 26 gennaio.

Dopo poche settimane di prove intense, finalmente Rigoletto è pronto per andare in scena alla Fenice: è la sera dell'11 marzo 1851. È un successo. A quella prima, nella stessa stagione, si replicherà per ben quattordici volte.

Sulle ali di quel debutto, ben presto Rigoletto si prende la scena dei teatri di tutta Europa e degli stessi Stati italiani, non senza nuovi inciampi in questioni di natura morale o politica.

Con le sole eccezioni del Lombardo-Veneto (dove era già pesantemente passata la mano di Martello), del Ducato di Parma e del Regno di Sardegna, nel resto degli Stati italiani la censura interverrà infatti ancora pesantemente sul libretto. Nello Stato della Chiesa nello stesso 1851 Rigoletto diventerà un irriconoscibile Viscardello; diverrà Lionello nel Regno delle Due Sicilie e anche qui sarà pressoché irriconoscibile.

Gli Italiani degli Stati centro-meridionali dovranno aspettare il 1860 per vedere finalmente il Rigoletto di Verdi e di Piave. E di nessun altro.





# *COSÌ FAN TUTTE* VU PAR UN JURISTE

Norbert Rouland\*

*Così fan tutte* est pour moi avec *Les noces de Figaro* le meilleur et le plus profond opéra de Mozart. Sous les apparences d'une comédie bouffonne, il va très loin dans les profondeurs de la psychologie humaine. Combien de temps dure l'amour ? Mieux vaudrait d'ailleurs dire l'état amoureux. Des auteurs modernes nous disent que cet état ne se prolonge pas au delà de trois ans. Ce que semble confirmer cet opéra. Dans une perspective moderne, il pourrait aussi servir de dissertation aux adeptes de la théorie du genre. En matière amoureuse, il distingue nettement entre la psychologie masculine et la féminine. Certains de ses aspects intéressent le juriste et certainement les avocats : l'adultère, l'infidélité, les contrats de mariage, le dol. Cet article se propose d'en retracer les divers aspects.

*Così fan tutte* is for me with *Les noces de Figaro* the best and deepest opera of Mozart. Under the guise of a farcical comedy, it goes very far into the depths of human psychology. How long does love last? It would be better to say: the state of love. Modern authors tell us that this state does not last beyond three years. This is what this opera seems to confirm. From a modern perspective, it could also serve as a dissertation for followers of gender theory. In matters of love, it clearly distinguishes between male and female psychology. Some of its aspects are of interest to the jurist and undoubtedly to advocates: adultery, infidelity, marriage contracts and fraud. This article aims to retrace its various aspects.

---

\* Ancien Membre de l'Institut Universitaire de France; Professeur émérite à la Faculté de droit d'Aix en Provence.

## 1 INTRODUCTION

*Così fan tutte*, aussi nommé *L'École des amants*, intéresse le mélomane, le moraliste, mais aussi le juriste. Créé en 1790, il rappelle certains thèmes déjà abordés dans *Les noces de Figaro* (1786) et *Don Juan* (1787) : l'adultère, les fiançailles, le mariage, la critique de l'aristocratie. Sous les apparences d'une fable peu crédible (à la différence de *Don Juan*, *Così fan tutte* tomba assez vite dans l'oubli avant de revenir sur nos scènes, notamment à Aix en Provence, où il sera de nouveau au programme du Festival d'art lyrique de 2020), c'est une critique féministe (on pourrait aussi bien le nommer *Così fan tutti*) des relations entre les hommes et les femmes dans l'Europe de la fin du XVIIIe siècle.

La fragilité des unions et la critique de l'indissolubilité des mariages étaient des thèmes très présents chez les philosophes du XVIIIe siècle. Montesquieu, qui fut un époux volage, a écrit que la vie commune entre des conjoints qui ne s'aiment pas peut être comparée à un supplice. En France, le divorce fut institué en 1791, seulement un an après la création de *Così fan tutte*. On pouvait désormais divorcer très facilement, sans intervention du juge en invoquant seulement l'incompatibilité d'humeur. Cet opéra est une invite à la connaissance de soi, centré sur l'inconstance des sentiments. S'il n'a peut-être pas été toujours fidèle à son épouse, Mozart prenait le mariage très au sérieux, comme en témoigne sa correspondance, et en avait une conception moderne. Ce n'était pas pour lui un arrangement entre les familles (il dut imposer son mariage à son père), comme ce fut longtemps le cas en droit français (pas de mariage sans le consentement des parents, quoiqu'en dise le droit canonique, purement consensualiste), mais une union basée sur l'affection réciproque et la satisfaction sexuelle. Signe des temps, dans le livret de Da Ponte, les parents des deux sœurs sont totalement absents.

Quant aux machinations, on pense aussi aux *Liaisons dangereuses* de Choderlos de Laclos, écrit peu de temps avant (1782). Dans les deux oeuvres, les personnages sont victimes et acteurs de complots destructeurs des sentiments authentiques. La terrible baronne de Merteuil (« *Qu'y a-t-il de plus insupportable qu'un mari ?* ») est une sorte d'équivalent en pire de Don Alfonso dans le livret de *Così fan tutte*.

## 2 RÉSUMONS EN L'INTRIGUE

Sous l'influence de Don Alfonso, un homme plus âgé, qui a son expérience de la vie (*Il laboure en mer et sème dans le sable et le joli vent qui espère attraper au filet et qui fonde ses espérances dans un cœur de femme*), deux jeunes hommes sûrs d'eux engagent un pari sur la fidélité de leurs fiancées. Ils sont certains que même en leur absence simulée, elles leur resteront fidèles.

Pourquoi Alfonso agit-il ainsi ? Despina lui dit crûment: « *Un vieux comme vous ne peut plus rien faire à une femme jeune* ».

Ils feignent donc de partir à la guerre, reviennent sous des déguisements et chacun des deux amants tente de séduire la fiancée de l'autre. Une des deux sœurs cède plus rapidement, mais l'autre aussi finit par succomber à la tentation. Au moment où elles vont se marier avec leurs soupirants, les fiancés reviennent, feignent leur retour de la guerre. Ils découvrent les contrats de mariage et confondent les deux sœurs. L'opéra se termine par une scène de réconciliation en face de laquelle on reste sceptique. On ne sait d'ailleurs pas si les couples reformés résisteront aux épreuves par lesquelles ils sont passés.

*Così fan tutte* n'est pas un opéra machiste. On peut tout aussi bien soutenir que les hommes sont les victimes de leurs propres machinations et que les deux sœurs sont des féministes : dans l'absence de leurs amants et l'incertitude de leur retour, elles décident de profiter du moment présent et d'explorer d'autres voies.

Comme souvent dans les opéras de Mozart, un des personnages les plus critiques est une servante, Despina. Elle est une féministe de son époque.

Les deux amants ont feint de partir à la guerre. Fiordiligi et Dorabella sont tristes, elles craignent qu'ils ne soient tués dans les combats. Elles ne survivraient pas à leur mort. Elles attirent les sarcasmes de Despina :

*« Il vous semble, mais ce n'est pas vrai ; jusqu'à présent il n'y a pas de femme qui soit morte d'amour. Mourir pour un homme ! Il y en a d'autres qui compensent le dommage [...] Les autres ont aussi tout ce qu'ont ces deux-là. En ce moment vous aimez un homme, vous en aimerez un autre ; l'un vaut l'autre parce qu'aucun ne vaut rien [...] plutôt que de perdre votre temps en vaines larmes, pensez à vous divertir [...] faire l'amour comme des diabesses, comme d'ailleurs feront à la guerre vos chers amants. »*

Dorabella n'en croit pas un mot: leurs amants leur seront fidèles.

Despina rétorque :

*«Allons, allons ! Les temps sont passés de vendre ces fariboles aux enfants. De la part d'hommes, de soldats, espérer de la fidélité ? Qu'on ne vous entende pas, de grâce ! Ils sont tous faits de la même pâte : les feuillages mouvants, les vents inconstants ont plus de stabilité que les hommes. Fausses larmes, regards fallacieux, paroles trompeuses, caresses menteuses sont leurs qualités premières. En nous ils n'aiment que leur plaisir, puis nous méprisent, nous privent d'affection, et il est inutile d'implorer pitié de ces barbares. Payons, ô femmes, de la même monnaie cette maléfique race impertinente : aimons par commodité, par vanité ! ».*

### 3 *COSÌ FAN TUTTE* EST UN OPÉRA DE LA MODERNITÉ

Venons-en maintenant aux aspects juridiques. À la différence d'autres compositeurs (Haendel, plus tard Tchaïkovski) Mozart n'avait jamais fait de droit. Mais on trouve de temps à autre des notaires dans certains de ses opéras (*Les Noces de Figaro*). Qu'en est-il dans *Così fan tutte* ?

Un premier thème est celui de l'amour libre.

Despina est en faveur de l'amour libre et ne semble pas connaître la notion de majorité sexuelle (il est vrai qu'à cette époque on était mûr plus rapidement et qu'il arrivait qu'on fasse contracter mariage à des enfants):

*« Traiter l'amour en bagatelle , ne jamais négliger les belles occasions ; changer à temps, à temps être fidèle, être coquette avec grâce, prévenir la disgrâce si commune à qui se fie à l'homme, manger la figue et ne pas jeter la pomme(...) Une femme à quinze ans doit savoir tout ce qui se fait, où le diable à la queue, ce qui est bien et ce qui est mal ; elle doit connaître les petites malices qui énamourent les amants».*

Un second thème est évidemment celui de l'infidélité et de ses conséquences juridiques.

Au début de l'opéra les deux héroïnes ne sont que fiancées. Même si par la suite elles trompent leurs fiancés, ceux-ci ne pourraient qu'invoquer une rupture fautive des fiançailles, ce qui ne mènerait pas très loin, sauf la restitution des cadeaux de fiançailles.

Mais à partir du moment où elles ont signé un contrat de mariage elles sont juridiquement engagées. Mais envers qui ? Envers leurs fiancés réels ou avec les deux pseudo-Albanais ? Dans le premier cas il n'y aurait évidemment pas adultère. Dans le second cas, elles pourraient toujours invoquer, non sans maligned, l'erreur sur la personne et en plus légitimement avancer qu'elles ont été les victimes d'un *dolus malus*. Si moralement les deux fiancés sont aussi des victimes, on peut évidemment avancer qu'ils l'ont bien cherché. Les deux sœurs peuvent aussi invoquer la notion juridique d'absence pour prouver leur bonne foi: au XVIIIe siècle, il n'y avait ni téléphone, ni Internet pouvant renseigner sur le sort hasardeux de soldats partis à la guerre. Certains passages en témoignent.

Dorabella: « *Écoute-moi : es-tu certaine qu'ils ne sont pas morts à la guerre, nos anciens amants ? Et alors ? Toutes deux nous resteront les mains pleines... d'illusions. Entre un bonheur certain et un autre incertain il y a toujours une grande différence (...) S'ils reviennent, ce sera à leur détriment ! Nous serons alors des femmes mariées, nous serons à mille lieues* ».

Mais Fiordiligi a des scrupules: « *Ne crois-tu pas que ce serait un crime pour deux jeunes filles maintenant fiancées de faire des choses pareilles ?* »

Mais elles s'y résolvent finalement, sur les conseils répétés de Despina: « *Ce qui est fait est fait, oublions le passé. Que désormais soit rompue cette attache signe de servitude* ». Elles rompent leurs guirlandes.

Sur le plan juridique, il semble donc que la position des deux jeunes femmes soit assez forte et qu'un avocat, non présent dans le livret, aurait des arguments pour peut-être réclamer des indemnités à Don Alfonso et aux fiancés sur la base de l'art.1384 (en droit français).

Arrivent le notaire et la scène du mariage.

Sur le plan musical un soudain changement d'éclairage amène sans transition la tonalité solennelle de mi bémol pour le chœur *Benedetti i doppi coniugi*, où retentissent des sonorités étroitement apparentées aux compositions maçonniques de Mozart.

Le notaire (en fait Despina déguisée) lit le contrat :

« *Par le contrat établi par mes soins sont unis par le mariage Fiordiligi avec Sempronio et avec Tizio Dorabella sa sœur légitime ; celles-ci, dames de Ferrare, ceulà, nobles albanais et en guise de dot et de contre dot...* ».

Les deux femmes l'interrompent, disent qu'elles veulent signer tout de suite... et signent, alors que retentit au loin un roulement de tambour qui annonce le retour de la pseudo-guerre de leurs fiancés. Le désarroi de Fiordiligi et Dorabella se traduit musicalement par l'apparente désorganisation du schéma tonal. On commence en mi bémol majeur et on termine en sol mineur, tonalité tragique par excellence ; les modulations se succèdent à un rythme inusité.

En ce qui concerne le contrat de mariage nous sommes assez bien renseignés : il s'agit d'un contrat dotal, ce qui était la règle au XVIII<sup>e</sup> siècle, et qui se prolongera en France jusqu'à la réforme des régimes matrimoniaux du milieu du XX<sup>e</sup> siècle.

Comme on l'a dit, nulle trace des parents ni de leur consentement.

Également, il n'est nulle part fait mention d'un mariage religieux. Les deux jeunes femmes et leurs complices n'ont-ils pas eu le temps de l'envisager ? Ou bien n'a-t-on pas voulu mêler l'Église à une intrigue déjà assez scabreuse ? Nous ne le saurons jamais.

Nous ne saurons non plus jamais quel sera le sort des couples reconstitués après la découverte de la supercherie. Don Alfonso les engage à la réconciliation et les deux femmes jurent de nouveau la fidélité à leurs amants, qui n'en réclament aucune preuve, on comprend sans peine pourquoi... on ne sait d'ailleurs pas si leur repentir est sincère ou simulé. Pas d'engagement écrit, seulement des paroles et un échange de baisers.

Le juriste du XXI<sup>e</sup> siècle pourrait leur suggérer de conclure un mariage à durée déterminée prévoyant en cas de séparation les conditions pécuniaires et la garde d'éventuels enfants. Ce contrat serait reconductible, mais pas tacitement. Au bout d'une durée de quelques années, on éviterait donc les divorces et on rebattrait les cartes. Le mariage à durée déterminée existe depuis longtemps chez les chiites, et a été proposé au Mexique.

Quoi qu'il en soit, dans l'opéra, qu'il ne faut pas confondre avec un manuel de droit, les situations juridiques et morales restent donc en suspens.

Il se termine par un chœur des différents protagonistes qui insiste sur le retour à la raison, un concept très en vogue au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Qu'en dirait le docteur Freud, qui détestait la musique (il ne parvenait pas à s'expliquer pourquoi elle l'émouvait) mais conseillait à certains de ses patients d'assister à certains opéras ?

On peut penser que Don Alfonso a voulu mettre en évidence la force de l'irrationnel, et de la sensualité : la chair n'est pas faible, elle est extrêmement forte... la psychanalyse des personnages révélerait donc beaucoup de choses, mais nous n'accéderons pas à leurs inconscients.

En ce qui concerne la musique de ce final, elle est relativement discrète. Mozart utilise un orchestre d'abord réduit aux seuls instruments à vent et ne suggère pas une allégresse trop marquée : le rêve est fini, c'est le retour à la réalité avec laquelle doit composer le principe de plaisir. Mais rien n'assure que les couples vont réellement se marier et moins encore que les partenaires se seront fidèles.

Il leur faudra se contenter de promesses, dont tout l'opéra montre qu'elles ont peu de valeur.

Comme le dit le proverbe italien que Da Ponte et Mozart connaissaient peut-être :

*« L'amour fait passer le temps, le temps fait passer l'amour ».*



# ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO DELL'ARTE E SUL SUO STATO

*Due esperienze nazionali a confronto*

*Erik Jayme\**

## 1 UNO SGUARDO ALLE FONTI

Possiamo certamente convenire sul fatto che, negli ultimi decenni, il diritto dell'arte si sia sviluppato quale ramo a sé del Diritto sia in Germania sia in Italia, costruendo principî speciali e proponendosi scopi precisi.

Al centro del suo assetto troviamo la protezione dei beni culturali, i quali sono considerati quale espressione del patrimonio spirituale di uno Stato e di una nazione; e così il diritto dell'arte assume su sé anche il compito di mantenere e preservare l'identità culturale di un popolo, fondata sulla memoria che l'arte testimonia. In Germania si parla di *Erinnerungskultur*<sup>1</sup>; in Francia si utilizza il termine generale *biens de mémoire*<sup>2</sup>; l'Unione Europea ha designato il 2018 quale *European Year of Cultural Heritage*<sup>3</sup>.

Si noti poi come Germania e Italia abbiano avuto una certa tendenza a codificare taluni aspetti del diritto dell'arte. Si pensi per esempio alla *Kulturgutschutzgesetz* tedesca del 2016 che riguarda però solo i beni mobili<sup>4</sup>. Si noti inoltre come, per la protezione dei monumenti, vi siano in Germania leggi speciali emanate dai singoli Länder, i quali, nella Repubblica Federale, hanno competenza legislativa per il cosiddetto *Denkmalschutz*. In Italia troviamo invece il Codice dei beni culturali e del paesaggio, la cui versione più recente, composta di 184 articoli, è stata approvata con il Decreto legislativo del 22 gennaio 2004, n. 42, e successivamente modificata dalla legge del 27 dicembre 2017, n. 205.

Occorre poi menzionare anche le fonti del diritto europeo. In particolare, l'art. 36 del Trattato di Lisbona riconosce – quale eccezione rispetto al principio della libertà del commercio nell'Unione – che le leggi nazionali possano far divieti di esportazione di al-

---

\* Professore Emerito nell'Università di Heidelberg; Accademico dei Lincei.

<sup>1</sup> E. JAYME, *Erinnerungskultur im Kunstrecht – Konstanten in Zeiten des Umbruchs*, Bulletin Kunst & Recht, Wien, 2018/2 – 2019/1, p. 5 ss.

<sup>2</sup> Id., *La protezione giuridica dei beni di memoria – L'Invenzione del passato*, Polemos, 2, 2010, p. 119 ss.

<sup>3</sup> M. T. FRANCA-FILHO, G. PINTO BRITO DE FIGUEIREDO, M. MÜLLER, *Comparative Cultural Heritage Law: A Dialogue between Brazil and Germany in the European Year of Cultural Heritage*, Macau Journal of Brazilian Studies Vol. 1, issue 2, Oct. 2018, p. 61 ss.

<sup>4</sup> L. ELMENHORST, V. WIESE, *Kulturgutschutzgesetz*, Kommentar, München, 2018.



cuni beni in ragione della protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale<sup>5</sup>. Accanto a ciò, troviamo poi diverse direttive speciali, tra le quali va menzionata la direttiva 2001/84/CE, relativa al diritto dell'autore sull'opera d'arte nelle successive vendite dell'originale; in tedesco, *Folgerechts-Richtlinie*<sup>6</sup>.

In conclusione, vanno poi ricordati qui i Trattati internazionali, conclusi, soprattutto, nell'ambito dell'UNESCO o dell'UNIDROIT<sup>7</sup>. In particolare, a questi si deve la creazione di un corpo di regole poste a disciplinare i prestiti dei beni artistici tra un Paese e l'altro per realizzare un'esposizione o per allestire una mostra. Queste regole fanno perno essenzialmente sul principio secondo cui le opere prestate devono essere restituite al paese d'origine, anche nel caso in cui qualcuno volesse rivendicare su di esse dei diritti nel Paese dove ha avuto luogo l'esposizione.

Ricordo, a questo proposito, come molti anni fa, in una conferenza tenutasi a Vienna, parlai di "salvacondotto per le opere d'arte" – «das freie Geleit für Kunstwerke»<sup>8</sup> – riprendendo di fatto un termine utilizzato nel diritto internazionale pubblico e sviluppato nell'ambito della protezione di alcune categorie di persone le quali, come ad esempio gli ambasciatori e i consoli, rappresentano gli Stati all'estero. Un po' allo stesso modo, le opere d'arte servono il loro Paese quasi come ambasciatori di buona volontà.

Concludendo, possiamo menzionare anche il diritto internazionale privato, dove sono state sviluppate metodologie riguardanti alcuni aspetti particolari del commercio internazionale d'arte<sup>9</sup>; per esempio, l'applicabilità della legge del paese d'origine per la determinazione dell'acquisto della proprietà, limitando così la regola generale della legge del luogo della situazione del bene al tempo dell'acquisto<sup>10</sup>.

## 2 I DIRITTI DEGLI ARTISTI: IL PROFILO DELLA TUTELA

Va detto poi che il diritto dell'arte non si occupa solo della protezione dei beni culturali ma anche di quella degli artisti.<sup>11</sup> Si tratta, soprattutto, di una parte del diritto d'autore che riguarda la protezione della personalità dell'artista. A tal proposito, e riguardo all'esperienza tedesca, dobbiamo menzionare non solo gli articoli 12 – 14 della legge tedesca sui diritti d'autore (UrhG), ma anche alcune regole sviluppate dalla giurisprudenza.

Prendiamo, ad esempio, il famoso caso che fu la base della sentenza della Corte Federale Tedesca del 8 giugno 1989<sup>12</sup>, concernente il pittore Emil Nolde, protagonista dell'espressionismo tedesco. I fatti erano questi: un collezionista (l'attore nella causa)

<sup>5</sup> E. JAYME, *La protezione delle opere d'arte nazionali: Tendenze attuali ed esperienze tedesche*, Rivista giuridica di Urbanistica, 3, 2008, p. 339 ss.

<sup>6</sup> Id., *Das Folgerecht an Originalen der bildenden Künste (§ 26 UrhG) und die deutsche Auktionspraxis – Eine kritische Betrachtung zur „Folgerechtsumlage“*, Festschrift Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19 September 2009, Berlin, 2009, p. 277 ss.

<sup>7</sup> M. FRIGO, *Approaches taken by the Security Council to the Global Protection of Cultural Heritage: An Evolving Role Preventing Unlawful Traffic of Cultural Property*, Rivista di diritto internazionale, 2018, p. 1164 ss.

<sup>8</sup> E. JAYME, *Das freie Geleit für Kunstwerke*, Wien 2001.

<sup>9</sup> M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, Recueil des Cours, 375, 2014, pp. 89 – 474.

<sup>10</sup> S.v. Staudinger/Mansel, 2015, Art. 46 EGBGB, nos. 77 – 79, con discussione estesa della rispettiva dottrina.

<sup>11</sup> T. HOEREN, J. WERNER, *Kunst und Recht – Leitfaden für Künstlerinnen und Künstler*, Münster 2018.

<sup>12</sup> BGHZ 107, 384.

aveva acquistato, nell'anno 1985, due acquarelli che recavano la firma di Emil Nolde, morto nel 1956. Il collezionista-proprietario inviava le due opere alla Fondazione Nolde a Seebüll (la parte convenuta della causa) chiedendo se le firme fossero autentiche. La fondazione rispose che si trattava di falsi e che le firme non coincidevano con quelle del pittore. La fondazione mandava delle foto all'attore, ma tratteneva i due dipinti. L'attore chiese così la restituzione dei due acquerelli, basando la sua pretesa sul suo diritto di proprietà e vinse perché la parte convenuta non aveva chiesto, come avrebbe potuto fare, l'eliminazione delle firme.

La Corte federale, in questa sentenza, sviluppò e creò precise regole per il diritto dell'arte. Era chiaro infatti che il diritto d'autore non potesse riguardare nient'altro se non le opere autentiche dell'artista; di certo non dei falsi. La falsificazione, sempre secondo la Corte Federale, poteva però violare il diritto della personalità dell'artista, relativo alla totalità delle sue opere («Gesamtheit seines Werkschaffens»). Nel caso di un pittore già morto, la Corte creò un diritto post-mortem per la protezione della personalità che, anche trent'anni dopo la morte di Nolde, non si era estinto. La Corte, quanto alle conseguenze di questo diritto, precisò: copiare un quadro è permesso, così come è permesso copiare lo stile di un maestro: questo nell'interesse del progresso dell'arte in generale. Non è però consentito falsificare la firma di un artista e utilizzare l'opera con la falsa firma ai fini del commercio. Di conseguenza, il diritto post-mortem della protezione della personalità dell'artista dava alla Fondazione Nolde solo il diritto di chiedere l'eliminazione delle firme presenti sui due acquerelli, ma non la distruzione di queste opere false. La collezione di opere false per uso privato era lecita.

La sentenza della Corte Federale riceve ancora un grande interesse perché dimostra come le regole di diritto dell'arte possano essere ricavate e sviluppate mediante i principi generali del diritto civile.

### 3 UN GROVIGLIO DI DIRITTI

Passiamo adesso a un altro aspetto del diritto dell'arte<sup>13</sup>, dove la giurisprudenza tedesca ha sviluppato regole speciali: penso all'uso delle riproduzioni di opere d'arte nel commercio generale, opere che fanno parte di collezioni pubbliche dei Musei per i quali non valgono più i diritti d'autore, in tedesco «gemeinfreie Werke», essendo trascorsi 70 anni dalla morte dell'autore.

Per l'Italia, si consideri la famosa sentenza del Tribunale di Firenze del 26 ottobre 2017 concernente le riproduzioni della statua del David di Michelangelo conservata nella Galleria dell'Accademia di Firenze.<sup>14</sup> L'uso di tali riproduzioni per fini commerciali non è lecito se non con il permesso del Museo. Nel diritto italiano esiste infatti una norma chiara in tal senso: l'art. 108, 3, del Codice dei beni culturali.

In Germania troviamo, invece, regole sviluppate dalla giurisprudenza attraverso le quali si arriva quasi agli stessi risultati della sentenza fiorentina, basati però su considerazioni diverse.<sup>15</sup> Iniziamo con la recentissima sentenza della Corte Federale del 19 dicembre 2018 riguardante un'azione di un museo di Mannheim contro un fotografo il

<sup>13</sup> BGH NJW 2019, pp. 757 ss.

<sup>14</sup> Trib. Firenze, RG. n° 13758/2017; P. FRANZINA, E. JAYME, *Zum Schutz der Reproduktionsrechte von Museen an ihren Kunstwerken im internationalen Rechtsverkehr: Betrachtungen zu der Entscheidung des Tribunale di Firenze vom 26.10.2017 in Sachen des „David“ von Michelangelo*, IPRax, 2018, p. 437 ss.

<sup>15</sup> E. JAYME, *Gemeinfreie Kunstwerke – Verwertungsrechte der Eigentümer*, in Weller, Kemle, Dreier, Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, Baden-Baden, 2018, p. 78 ss.

quale aveva utilizzato delle riproduzioni di opere pubblicate nei cataloghi del museo insieme altre fatte da lui stesso nel museo a fini commerciali, cioè per collocarle su Wikipedia. Queste opere erano state create da artisti già morti da più di settanta anni. Erano, dunque, «gemeinfrei» cioè estinti i diritti d'autore. La Corte Federale decideva in favore del museo basandosi su considerazioni differenti. Per le fotografie dei cataloghi utilizzate dal fotografo, la Corte si basava sul diritto del museo a utilizzare queste riproduzioni – Nutzungsrechte – protette dal diritto d'autore, mentre per le fotografie scattate dallo stesso fotografo e messe su Wikipedia, la Corte basava la decisione sul contratto d'ingresso al Museo che vietava, nelle condizioni generali, di fotografare le opere esposte senza un permesso dell'istituzione museale.

Passando adesso ai beni culturali immobili, la Corte Federale, attraverso una serie di decisioni, ha sviluppato un'altra teoria. Il divieto di fotografare i monumenti e di utilizzare quegli scatti per farne delle cartoline postali era basato sul diritto di proprietà, per esempio con riferimento ai castelli prussiani nelle vicinanze di Berlino<sup>16</sup>. D'altra parte, nel diritto tedesco vige il principio generale della libertà del panorama «Panoramafreiheit», principio che manca nel diritto italiano, e che è oggi regolato in Germania all'articolo 59 della legge d'autore. Secondo questo principio è permesso fare e utilizzare fotografie ai monumenti da piazze pubbliche. Si noti come tale norma rispecchi la libertà dei vedutisti di allora di dipingere dei palazzi e dei parchi. Ebbene, come fu per il divieto di fotografare e ottenere cartoline postali dai castelli dei re di Prussia, anche in questo caso la Corte ha dovuto *inventare* un limite: non sono permesse le fotografie fatte dal fotografo in un luogo non pubblico, come per esempio dal parco di un castello.

A mio avviso la base per sostenere il diritto del proprietario di vietare l'uso, a fini commerciali, delle opere d'arte che fanno parte della sua collezione, si basa sul diritto di proprietà; sia per i beni culturali mobili che per gli immobili, sempre con i limiti della libertà del panorama. In dottrina, tale questione è discussa.<sup>17</sup>

## 4 UNO SGUARDO ALLE ASTE E ALLE LORO REGOLE

Al centro del diritto civile dell'arte troviamo poi anche le regole sviluppate per il commercio relativo ai beni culturali, soprattutto quelle che concernono la vendita mediante e durante le aste. Nel Codice civile tedesco (BGB) vi sono regole speciali relative alla conclusione del contratto durante un'asta pubblica: secondo l'articolo 156, prima frase del BGB, il contratto è concluso con l'aggiudicazione espressa dal banditore dell'asta. D'altra parte, la regola dell'articolo 156 del BGB può essere derogata da un patto contrario delle parti o mediante le condizioni generali previste dalla casa d'asta.

In generale, il contenuto delle condizioni generali che si trovano nei cataloghi delle case d'asta possono essere oggetto di giudizio tramite lo scrutinio di buona fede, nel senso che esse non devono essere troppo svantaggiose per il compratore (art. 307 del BGB).

C'è un lungo elenco di sentenze che riguardano opere d'arte acquistate in un'asta. Il problema più discusso è se una casa d'asta possa o meno escludere la propria responsabilità circa le indicazioni sulla provenienza di un'opera. Prendiamo qui come esempio la

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2010, JZ 2011, p. 271 ss; BGH, Urt. v. 1.3.2013, JZ 2013, p. 740 ss; S.v. E. JAYME, *Gemeinfreie Kunstwerke, Verwertungsrechte der Eigentümer*, op. cit., p. 78 ss.

<sup>17</sup> S. VOGEL, in Loewenheim, Leistner, Ohly, *Urheberrecht – Kommentar*, 5a ed., 2017, § 59 UrhG n.º. 6 e 7 pp. 1382-1385; s.v. anche, in generale, RUDOLF NIRK, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Urheberrecht und Sacheigentum*, Festschrift Brandner, Köln, 1996, p. 417 ss.

sentenza della Corte d'Appello di Colonia del 27 marzo 2012<sup>18</sup>. La vendita riguardò una gouache di Fernand Léger intitolata *Contraste de Formes*. La parte convenuta, durante l'asta, aveva acquistato l'opera per 1.358.511,50 euro. Nel catalogo, la ditta d'asta aveva indicato come provenienza: «Daniel H. Kahnweiler, Parigi, Gustav Kahnweiler, Buckinghamshire, collezione privata Svizzera, collezione privata, Germania». La parte convenuta si rifiutava di pagare il prezzo perché la provenienza non era certa: infatti nel catalogo della galleria Kahnweiler questo quadro non c'era. La Corte non accolse questi argomenti: la clausola per cui una casa d'aste escludeva la responsabilità per le indicazioni sulla provenienza era, secondo la Corte, sempre e comunque valida. Sarebbe stato infatti troppo difficile per la casa d'asta controllare tutte le indicazioni date dalla persona la quale aveva consegnato l'opera per la vendita all'asta.

Questa sentenza è certamente criticabile perché la provenienza di un'opera d'arte – si pensi, ad esempio, ai beni espropriati ai collezionisti ebrei durante il periodo nazista – è di grande importanza per il valore della stessa. Ricordiamo inoltre che, nel diritto tedesco, il compratore di un'opera d'arte acquistata in un'asta pubblica non è considerato «consumatore» (art. 474 secondo comma seconda frase del BGB). È questa una sensibile eccezione rispetto alle regole europee sulla protezione del consumatore.

Se si considera invece il diritto italiano, si può constatare che Giovanni Pieraccini, grande collezionista di opere d'arte nonché Ministro, aveva già introdotto, nella legge 20 novembre 1971, n. 1062 – «norme penali sulla contraffazione o alterazione di opere d'arte», la cosiddetta legge Pieraccini – l'obbligo per il venditore di rilasciare all'acquirente copia fotografica dell'opera con retroscritta dichiarazione di autenticità<sup>19</sup> e indicazione della provenienza. Non sarebbero dunque sufficienti le formule «collezione privata» o «collezione svizzera». In Germania, invece, i commercianti di aste pubbliche di opere d'arte cominciano a riconoscere molto cautamente l'importanza della provenienza la quale, a mio avviso, deve essere considerata, nel diritto civile della vendita, come una qualità a se stante dell'opera d'arte.

## 5 I PROBLEMI DELLE OPERE PERDUTE E DEPREDATE

Un altro grande problema del diritto dell'arte riguarda la restituzione di opere rubate o perdute durante i conflitti e, per quanto riguarda la Germania, anche attraverso l'espropriazione del patrimonio di cittadini ebrei e anche a causa della legislazione sull'arte degenerata «Entartete Kunst»<sup>20</sup>.

Di grande attualità è la restituzione agli Stati africani di beni culturali custoditi in musei europei. Si tratta di una discussione iniziata dal Presidente francese Macron nel corso di una conferenza tenuta nel 2017 a Ouagadougou, capitale dello Stato di Burkina Faso<sup>21</sup>. L'eco della discussione è giunta anche in Germania<sup>22</sup> e in altri paesi europei.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> OLG Köln, NJW, 2012, p. 2665 ss.

<sup>19</sup> F. LEMME, *Un testo fondamentale per la tutela della genuinità del prodotto artistico nel campo figurativo: La legge Pieraccini*, in Collezione Pieraccini, Galleria di Arte Moderna e Contemporanea, Viareggio 2007, p. 105 ss. Anche nella prassi dei commercianti d'arte inglesi si usa il «Certificate of Authenticity» con fotografia dell'opera d'arte e una descrizione; manca, però, l'indicazione della provenienza.

<sup>20</sup> H. HENNING KUNZE, *Restitution «Entarteter Kunst» - Sachenrecht und Internationales Privatrecht*, Berlin, New York, 2000; E. JAYME, *Entartete Kunst“ und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1994.

<sup>21</sup> <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/11/28/discours-demmanuel-macron-a-luniversite-de-ouagadougou>; F. SARR, B. SAVOY, *Restituer le patrimoine africain*, 2018.

<sup>22</sup> E. JAYME, *Die Restitution von Kolonialgut aus europäischen Museen an afrikanische Herkunftsländer: Rechtsfragen*, KUR 2019, p. 8 ss.

Oggi, chi fosse in possesso di tali beni, potrebbe agevolmente invocare alcune regole classiche del diritto civile come l'usucapione o la prescrizione ma anche la figura dell'acquisto in buona fede *a non domino*, previsto, per esempio, dal art. 1479 del Codice civile italiano. In Germania la nuova legge sulla protezione dei beni culturali ha abolito (articolo 40), per i beni culturali rubati, l'acquisto *a non domino* tramite una vendita in un'asta pubblica, previsto all'art. 935 secondo comma del BGB.<sup>24</sup> È fatto salvo l'usucapione.

D'altra parte, per la restituzione di opere depredate si sono sviluppate delle regole di *soft law*, seguendo l'esempio dei «Washington Principles» relativi ai beni culturali confiscati dai nazisti. Il diritto dell'arte comprende, dunque, anche principî etici.

## 6 CONCLUSIONI

È dunque evidente che il diritto dell'arte è strettamente collegato con altre discipline scientifiche. A questo proposito possiamo ricordare la recentissima monografia di Thomas Dreier intitolata *Bild und Recht*<sup>25</sup> la quale unisce i problemi giuridici con una altra scienza, la *Bildwissenschaft*, cioè la scienza delle immagini. Va da sé che a questo proposito entrano in gioco anche la digitalizzazione e internet<sup>26</sup>.

E così non possiamo fare a meno di ammettere che il fascino del diritto dell'arte sta anche nel fatto che questo nuovo ramo del diritto è diventato un ponte che apre il diritto al dialogo con le altre scienze<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Per l'Austria si veda ID., *Erinnerungskultur im Kunstrecht – Konstanten in Zeiten des Umbruchs*, Bulletin Kunst & Recht, 2018/2 – 2019/1, p. 5 ss.

<sup>24</sup> ID., *Zivilrechtliche Fragen zu abhanden gekommenen Kulturgütern: Betrachtungen zu der Neuregelung des § 40 KGSG*, Festschrift Lynen, Baden-Baden 2018, p. 239 ss.

<sup>25</sup> T. DREIER, *Bild und Recht – Versuch einer programmatischen Grundlegung*, Baden-Baden 2019.

<sup>26</sup> H. RAUTERBERG, *Wie frei ist die Kunst? Der neue Kulturkampf und die Krise des Liberalismus*, Berlin, 2018, p. 13.

<sup>27</sup> H. BREDEKAMP, A. WARBURG, *der Indianer – Berliner Erkundungen einer liberalen Ethnologie*, Berlin 2019.

# O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO PROPULSOR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*Uma questão de reconhecimento, valorização, decisão política e cooperação internacional*

*Izabel Vicente Izidoro da Nóbrega\**

Neste artigo, tem-se como objetivo analisar o uso econômico do patrimônio cultural que permita alcançar um desenvolvimento mundial sustentável. A partir de uma análise bibliográfica, primeiro, apresenta-se a concepção de desenvolvimento como um direito humano de terceira geração ou dimensão e como um processo voltado à eliminação das fontes de privação das liberdades individuais substantivas, segundo o que foi concebido por Amartya Sen e incorporado na Agenda 2030 da ONU. Em seguida, há uma análise do patrimônio cultural e de sua percepção como capital cultural, ativo econômico, riqueza e herança para as gerações presentes e futuras. Conclui-se que o uso econômico-sustentável do patrimônio voltado ao desenvolvimento demanda o preenchimento de certas condições mínimas, ou seja, que haja o reconhecimento do valor e da importância do patrimônio pelo povo; que o tipo de desenvolvimento buscado por esse povo seja compatível com a exploração sustentável do patrimônio, como o proposto na Agenda 2030; que exista uma decisão política que culminará em uma atuação do Estado, para regular essa atividade econômica, reduzindo as consequências negativas e possibilitando a apropriação das consequências positivas, equanimemente pelo povo; e que ocorra a cooperação internacional para auxiliar os países em desenvolvimento ou em crise.

*The objective of this article is to analyze the economic use of cultural heritage that allows achieving sustainable world development. From a bibliographic analysis, first, the conception of development is presented as a third generation or dimension human right and as a process aimed at eliminating the sources of deprivation of substantive individual liberties, according to the conception by Amartya Sen and incorporated in the UN 2030 Agenda. Then, there is an analysis of cultural heritage and its perception as cultural capital, economic asset, wealth and heritage for present and future generations. It is concluded that the economic-sustainable use of the patrimony directed to the development demands the fulfillment of certain minimum conditions, that is, that there may be recognition of the value and importance of the patrimony by the people; that the type of development sought by these people may be compatible with the sustainable exploitation of heritage, as proposed in Agenda 2030; that there may be a political decision that culminates in a State action to regulate this economic activity, reducing negative consequences and allowing the appropriation of the positive ones, equally by the people; and that may occur international cooperation in order to assist developing or crisis countries.*

\* Advogada, Auditora de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (Brasil); Professora da Escola de Contas Públicas Otacílio Silveira e pesquisadora do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT); Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB, Brasil).

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo enfrenta um momento de crise sanitária, econômica, social, ambiental e cultural agudizada pela pandemia do novo Coronavírus [Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)]. No atual cenário de crise, faz-se necessário refletir sobre o modelo econômico mundial adotado e ferramentas que permitam alcançar um desenvolvimento mundial sustentável, isto é, um desenvolvimento como um direito humano e um processo plural e multifacetado que promova a eliminação das fontes de privação das liberdades individuais<sup>1</sup>, bem como satisfaça às necessidades atuais, “sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”<sup>2</sup>.

Com a finalidade de traçar um planejamento voltado a alcançar o desenvolvimento sustentável até o ano de 2030, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) firmaram a Declaração dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável<sup>3</sup> (ODS) em 2015, a chamada Agenda 2030, a qual contém objetivos e metas para este fim. Dentre as metas de desenvolvimento sustentável está a Meta 11.4, que preconiza o fortalecimento de esforços voltados à proteção e à salvaguarda do patrimônio cultural e natural do mundo, verificando-se, assim, a percepção internacional do patrimônio cultural como instrumento de desenvolvimento.

É interessante notar que patrimônio cultural e desenvolvimento já foram considerados como antagônicos<sup>4</sup>, pois os bens culturais já foram vistos como empecilho ao novo e ao progresso. Contudo, com a mudança conceitual de desenvolvimento e a percepção do patrimônio cultural como “herança, fruição e memória”<sup>5</sup>, identificou-se que o patrimônio pode ser um valioso instrumento de desenvolvimento sustentável.

Sob essa perspectiva, o olhar da sociedade sobre o patrimônio cultural deve mudar substancialmente, porque o patrimônio, percebido como algo dispendioso, devido aos gastos necessários com a conservação dos valores culturais, passará a ser compreendido como fonte de riqueza e fator de desenvolvimento<sup>6</sup>. Deste modo, o patrimônio cultural, que durante muito tempo foi considerado apenas do ponto de vista cultural, deve ser concebido como uma fonte econômica essencial<sup>7</sup> a ser mobilizada em favor do desenvolvimento humano, de forma que seu financiamento deve entrar no plano de desenvolvimento sustentável dos Estados.

Inclusive, esse é um dos aspectos centrais tratados na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais<sup>8</sup> da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura [*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*] (UNESCO) e na Convenção-Quadro do Conselho da Europa Relativa ao Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade<sup>9</sup>, ambas de 2005, nas quais os diferentes valores culturais e o patrimônio cultural dos povos são vistos como amplificado-

<sup>1</sup> A. SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, 2010.

<sup>2</sup> ONU, Relatório nosso futuro comum. New York, 1987.

<sup>3</sup> ONU, *Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, New York, 2015.

<sup>4</sup> S. CUREAU, *Bens culturais e desenvolvimento*, in F. Piovesan, I. Soares, coord., *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte, 2010, pp. 369-394.

<sup>5</sup> I.S.V. SOARES, *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, Belo Horizonte, 2009. p. 25.

<sup>6</sup> X. GREFFE, *L'économie politique du patrimoine culture: de la médaille au rhizome. Le Patrimoine, moteur de développement*, Paris, 2011, pp. 926-936.

<sup>7</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, Chapecó, v. 26, n. 38, n. 99-115, nov. 2013.

<sup>8</sup> UNESCO, *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*, Paris, 2005.

<sup>9</sup> CONSELHO DA EUROPA, *Convenção-quadro do conselho da europa relativa ao valor do patrimônio cultural para a sociedade*, Estrasburgo, 2005.

res das capacidades e valores humanos. Conforme ressaltado no preâmbulo da primeira Convenção, esses valores assim como o patrimônio cultural são um dos “principais motores para o desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações”, de modo que devem ser apreendidos como “elementos estratégicos das políticas de desenvolvimento nacionais e internacionais”.

Nestes termos, o objeto deste artigo é estudar o patrimônio cultural como um instrumento de desenvolvimento sustentável, especialmente em tempos de crise, analisando as condições necessárias para que haja essa utilização. Assim, a problemática que o artigo se propõe a tratar reside no questionamento acerca das condições necessárias para que o patrimônio cultural seja utilizado como instrumento do desenvolvimento sustentável. Aponta-se como resposta a necessidade do preenchimento de, pelo menos, quatro condições, quais sejam, que haja o reconhecimento do valor e da importância do patrimônio pelo povo; que o tipo de desenvolvimento buscado por esse povo seja compatível com a exploração sustentável do patrimônio, como o proposto na Agenda 2030; que exista uma decisão política que culminará em uma atuação do Estado, e que ocorra a cooperação internacional para auxiliar os países em desenvolvimento ou em crise.

Para responder a esta pergunta, optou-se pelo levantamento bibliográfico como técnica de pesquisa, no qual foi utilizado o referencial de Amartya Sen, Celso Furtado, Leonardo Correa e Maria Luiza Feitosa, para o estudo do conceito de desenvolvimento, desenvolvimento sustentável e direito ao desenvolvimento; Alois Riegl, Françoise Benhamou, Marcílio Franca Filho e Inês Soares, para as discussões acerca do patrimônio cultural; e David Throsby, Hugues Varine, Michel Vernières e Xavier Greffe, para a análise do desenvolvimento pelo patrimônio cultural.

Para cumprir o objetivo deste artigo, parte-se de uma breve análise do processo histórico de mudança de entendimento acerca do desenvolvimento, adotando-se a concepção de desenvolvimento proposta por Amartya Sen, o qual é adjetivado como um desenvolvimento sustentável e um direito humano de terceira geração ou dimensão. Em seguida, chega-se a uma noção do que é patrimônio cultural e da sua visão como um capital cultural, verdadeiro ativo econômico que pode ser utilizado como um investimento produtivo coletivo para impulsionar o desenvolvimento sustentável.

Finalmente, são analisadas quatro condições essenciais mínimas para que haja o uso econômico do patrimônio cultural com vistas ao desenvolvimento sustentável, segundo o proposto por Vernières<sup>10</sup>, discutindo-se, também, as prováveis consequências positivas e negativas da exploração sustentável do patrimônio, argumentando-se que cabe ao Estado o papel de regular essa atividade econômica, de modo a reduzir as consequências negativas e possibilitar a apropriação das consequências positivas, de forma equânime, pelo povo.

## 2 O DESENVOLVIMENTO E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Atualmente, o mundo enfrenta um momento de crise sanitária, econômica, ambiental, social e cultural, que foi agudizado pela pandemia do Coronavírus [Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)], com milhares de mortos e com Estados tendo quedas históricas do seu Produto Interno Bruto (PIB)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> M. VERNIÈRES, *Le Patrimoine: une ressource pour le développement*, Paris, v. 1, n. 118, pp. 7-20, 2015.

<sup>11</sup> Cf. L. PURCHIO, *Bolsas despençam com quedas de economias no 2º trimestre*, São Paulo, 2020.



Mas, antes da pandemia, o mundo já estava em um cenário de crise, isto é, do “ponto-de-não-retorno”<sup>12</sup>, que demandava alterações que possam culminar ou na manutenção ou na substituição do modelo econômico mundial, o qual está marcado pelo aprofundamento das desigualdades sociais, da exploração do trabalho e do esgotamento dos recursos naturais e culturais.

Após a crise financeira de 2008, a ideia de que o mercado seria capaz de promover o desenvolvimento e, portanto, o bem comum foi severamente abalada, e ressurgiu o entendimento de que seria necessário renovar instrumentos de planejamento de desenvolvimento e de controle do mercado por parte do Estado, pois as “contradições e os ímpetus autofágicos do sistema capitalista” impuseram a retomada das discussões sobre a instituição de um modelo econômico moderado pelo Estado e também pela sociedade<sup>13</sup>.

Com essa visão e com a finalidade de traçar um planejamento econômico-social voltado a alcançar o desenvolvimento sustentável até o ano de 2030, os Estados-membros da ONU firmaram a Declaração dos ODS<sup>14</sup>, a chamada Agenda 2030, contendo 17 objetivos e 169 metas estabelecidas para este fim. Dentre esses compromissos assumidos pelos Estados-membros da ONU na Agenda 2030 está a Meta 11.4, que estabelece o fortalecimento de esforços voltados à proteção e à salvaguarda do patrimônio cultural e natural do mundo, verificando-se, assim, a percepção internacional do patrimônio cultural como instrumento de desenvolvimento.

Essa meta de desenvolvimento sustentável mostra a mudança no entendimento acerca do conceito de desenvolvimento e de patrimônio cultural, pois esses dois institutos já foram considerados como antagônicos<sup>15</sup>, com os bens culturais vistos como empecilho ao novo e ao progresso. Com essa mudança conceitual e a percepção do patrimônio cultural como “herança, fruição e memória”<sup>16</sup>, foi possível identificar que o patrimônio pode ser um valioso instrumento e fonte produtora de desenvolvimento sustentável.

Para se compreender como o patrimônio cultural pode ser um motor do desenvolvimento, primeiro é necessário entender a atual concepção de desenvolvimento, especialmente quando ele é qualificado como desenvolvimento sustentável e direito humano.

O entendimento acerca do desenvolvimento demanda uma interdisciplinaridade e transversalidade com outras disciplinas, como História, Sociologia, Antropologia, Economia e Direito, haja vista que o desenvolvimento é um termo polissêmico<sup>17</sup>, como também o é o patrimônio cultural.

---

<sup>12</sup> Pedro Silva, utilizando a teoria dos sistemas, aduz que a crise ocorre em um sistema aberto, como é o caso da sociedade, quando o sistema chega a um “ponto-de-não-retorno”, ou seja, em um ponto em que as instituições vigentes não respondem aos anseios da sociedade. Nesse ponto, só existem duas saídas: ou há a “cura” do sistema, com a estabilização e a manutenção do sistema, ou há a “morte” do sistema, ocorrendo a substituição do sistema antigo por um novo sistema. Exemplo de crise do sistema aberto foi a Revolução Francesa, na qual houve a “morte” do antigo sistema, isto é, do Ancien Regime, que apresentava fragilidades e vulnerabilidades características da crise, sendo substituído por um novo sistema, com valores e conceitos amplamente distintos do sistema que existia até então. Por essa perspectiva, toda vez que existe a possibilidade de substituição de um sistema por outro(s), com valores e conceitos essencialmente diversos, fala-se que há uma situação de crise. Cf. P. SILVA, *O conceito de crise: perspectiva política e econômica*, in A.S. Lara, Crise, estado e segurança, Lisboa, 2014, pp. 59-68.

<sup>13</sup> L.A. CORREA, *Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada*, Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico, RFDPE, Belo Horizonte, Ano 1, n. 1, pp. 269-287, mar./ago. 2012. p. 270.

<sup>14</sup> ONU, *Transformando Nosso Mundo*, op. cit., 2015.

<sup>15</sup> S. CUREAU, *Bens culturais e desenvolvimento*, op. cit.

<sup>16</sup> I.S.V. SOARES, *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, op. cit., p. 25.

<sup>17</sup> M. L. DE ALENCAR MAYER FEITOSA, *Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações*, in: Ea et al., Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses, Curitiba, 2013. pp. 171-269.

A palavra desenvolvimento foi retirada das ciências biológicas e, no século XIX, remetia à ideia de evolução, um processo de “movimento em direção a uma forma sempre mais apropriada”<sup>18</sup>. A primeira ciência social a estudar o desenvolvimento foi a Economia, por isso desenvolvimento passou a ser tradicionalmente confundido com o crescimento econômico, que, no pensamento liberal, era traduzido como aumento da renda *per capita* e do PIB. Essa ideia de desenvolvimento levou ao surgimento das “teorias do sistema-mundo” em que o mundo era dividido em países do primeiro, segundo e terceiro mundos, países centrais e periféricos, bem como países pobres e ricos<sup>19</sup>.

Essas teorias foram questionadas, por relegar dois terços dos países do mundo a uma posição de subordinação, discriminação e de falta de comando sobre seus próprios processos de desenvolvimento. Como crítica à concepção tradicional de desenvolvimento e das “teorias do sistema-mundo”, aponta-se o trabalho dos cepalinos, um grupo de economistas e outros cientistas sociais que se reuniam na Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), órgão criado pela ONU, para estudar o desenvolvimento na América Latina, notadamente entre as décadas de 1940 e 1960.

Dentre os cepalinos, destaca-se o trabalho de Celso Furtado<sup>20</sup>, que, por meio do método histórico-estruturalista, procurou entender as causas do subdesenvolvimento e o fenômeno do desenvolvimento por seus aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos, afirmando que o desenvolvimento é um processo complexo de alterações das estruturas sociais e econômicas<sup>21</sup> que depende de políticas públicas estatais eficazes. Nesse período, o modelo de desenvolvimento baseado no mero crescimento econômico perdeu forças e passou a ser visto como um processo plural e não linear.

Na década de 1970, intensificou-se a discussão sobre a sustentabilidade ambiental, propondo-se o ecodesenvolvimento, isto é, um desenvolvimento pautado pela preocupação com o meio ambiente. No final da década de 1980, foi criado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), por Mahbub ul Haq e Amartya Sen, como um contraponto à verificação do desenvolvimento apenas por meio do PIB, levando em consideração, sobretudo, aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos que influem na qualidade de vida da população<sup>22</sup>.

Nessa década, houve também o reconhecimento do direito ao desenvolvimento, como direito humano de terceira geração, por meio da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 da ONU<sup>23</sup>, inspirada na teoria de desenvolvimento proposta por Sen<sup>24</sup>. Nessa Declaração, há a visão de desenvolvimento, como:

---

<sup>18</sup> F. C. DE OLIVERA FRANCO, M.L. DE ALENCAR MAYER FEITOSA, *O direito humano ao desenvolvimento: trajetória teórica de afirmação e desafios de implementação*, in Encontro Nacional do COPEDI, 9-12 jun. 2010, Fortaleza, CONPEDI, 2010. p. 4.831.

<sup>19</sup> *Ibidem.*, p. 4.832.

<sup>20</sup> Celso Furtado afirmou que o subdesenvolvimento “nada tem a ver com a idade de uma sociedade ou de um país. E também sabemos que o parâmetro para medi-lo é o grau de acumulação de capital aplicado aos processos produtivos e o grau de acesso à panóplia de bens finais que caracterizam o que se convencionou chamar de estilo de vida moderno”. Cf. C. FURTADO, *O mito do desenvolvimento econômico*, São Paulo, 1974.

<sup>21</sup> C. FURTADO, *Teoria política do desenvolvimento econômico*, São Paulo, 1966.

<sup>22</sup> M.L. DE ALENCAR MAYER FEITOSA, *Desenvolvimento econômico e direitos humanos*, Separata do Boletim de Ciências Econômicas, LII, Coimbra, 2009. pp. 33-53.

<sup>23</sup> ONU, *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. New York, 4.12.1986.

<sup>24</sup> M. L. ANDRADE CORREIA, E. R. DIAS, *Desenvolvimento sustentável, crescimento econômico e o princípio da solidariedade intergeracional na perspectiva da justiça ambiental*, Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Macapá, n. 8, 2016, pp. 63-80.

Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.<sup>25</sup>

Sen traz um entendimento vanguardista acerca do que é o desenvolvimento. Para ele, o desenvolvimento é processo rumo à liberdade substancial do ser humano, através da remoção das privações que “limitam as escolhas e as oportunidades”<sup>26</sup>. E essas privações de liberdade são a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos, a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos, a fome, as doenças, bem como a falta de educação, de saneamento básico, de nutrição adequada, de serviços de assistência social, de liberdades políticas, da paz e da segurança.

Na visão de Sen<sup>27</sup>, o aumento do PIB, das rendas pessoais, da industrialização, do avanço tecnológico e da modernização social são instrumentos de desenvolvimento e podem contribuir para a expansão das liberdades individuais substantivas, mas não são sinônimos de desenvolvimento, pois a liberdade depende de outros fatores, como as disposições sociais e econômicas, os direitos civis e, especialmente, os direitos culturais.

Assim, pode-se afirmar que o estado da arte do desenvolvimento é a sua visão como um “processo plural de recuperação de capacidades e de inclusão, garantido e garantidor de direitos”<sup>28</sup>. Nessa perspectiva, o mero crescimento econômico, com altas taxas de desempenho macroeconômico, mas sem alteração da situação social e cultural, como a manutenção da exclusão e da miséria, bem como inibindo a participação democrática, “pouco significa em termos de efetivação de direitos econômicos e sociais”<sup>29</sup>.

Esse parece ser o sentido de desenvolvimento que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. É conforme o que aduz Comparato, *ipsis litteris*: “o desenvolvimento deixava de ser o produto aleatório do livre jogo das forças do mercado, para constituir-se um objetivo fundamental do Estado. Em outras palavras, abandonava a área dos agentes privados, para fixar-se na competência do Poder Público”<sup>30</sup>.

Inclusive, o desenvolvimento passa a ser um fenômeno jurídico a partir da sua constitucionalização no século XX, sendo estudado pelo Direito Econômico, ramo de direito que estuda a política econômica, cuja função primordial é concretizar o desenvolvimento, porque “materializa instrumentos jurídicos capazes de auxiliar na execução de um Plano de Desenvolvimento”<sup>31</sup>.

No modelo jurídico de desenvolvimento, a dimensão socioeconômica é essencial e o Estado democrático tem um papel central na sua promoção, no “planejamento econômico-social participativo e processo de mudança estrutural no âmbito social e econômico”<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> ONU, *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*, op. cit., p. 1.

<sup>26</sup> A. SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, op. cit., 2010, p. 10.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> M. L. DE ALENCAR MAYER FEITOSA, *Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações*, op. cit., p. 177.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> F. K. COMPARATO, *O indispensável direito econômico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 353, 1965, pp. 14-26.

<sup>31</sup> L. A. CORREA, *Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada*, op. cit., p. 272.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

Exemplo de política econômica desenvolvimentista é a destinação de recursos para a promoção do patrimônio cultural, que pode gerar como consequência um incremento na atividade econômica. Isso ocorreu empiricamente, por exemplo, após a declaração jurídica de patrimônio cultural da paisagem vitivinícola da região do Alto Douro em Portugal, quando a região recebeu forte investimento do governo português a título de promoção do patrimônio, o que impulsionou o enoturismo, a produção e a proteção dessas áreas<sup>33</sup>. Da mesma forma, a declaração do vinho como patrimônio cultural pela Espanha, por meio da Lei nº. 24/2003, possibilitou a promoção estatal do vinho como promoção do patrimônio cultural, de forma que o mercado, que estava em baixa, conheceu um salto significativo nas vendas, nas exportações, na estrutura de exploração e no enoturismo<sup>34</sup>, sendo, atualmente, um dos maiores mercados consumidores e exportadores de vinho.

Outro conceito que deve ser posto é o de desenvolvimento sustentável, que foi definido pela primeira vez no relatório Nosso Futuro Comum [*Our Common Future*], também denominado Relatório Brundtland. Nesse relatório, desenvolvimento sustentável é concebido como um “processo que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”<sup>35</sup>. Esse relatório foi fruto do trabalho da Comissão Mundial para o Meio Ambiente, sendo elaborado com a perspectiva de conciliar crescimento econômico com a redução da pobreza e a preservação socioambiental<sup>36</sup>.

Nas últimas décadas, o entendimento sobre o desenvolvimento sustentável deslocou-se “do argumento meramente ambiental da questão para abraçar o contexto intergeracional e transfronteiriço”<sup>37</sup>, apresentando, assim, as mesmas características do patrimônio cultural: solidariedade, universalidade e intergeracionalidade.

A base material da sustentabilidade é a gestão racional dos recursos naturais e culturais, de modo que as políticas de proteção não podem ser obstáculo ao desenvolvimento, mas os dois devem se compatibilizar. Assim, o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento racional e planejado, preocupado com o esgotamento dos recursos e fundamentado no pacto de solidariedade intergeracional.

Como mencionado, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 da ONU reconheceu o desenvolvimento como um direito humano, que surgiu em virtude da concepção denominada *human rights-based approach*, ou seja, na visão de desenvolvimento amparada nos direitos humanos<sup>38</sup> e na proteção das diversidades culturais. Possui natureza protetiva, estando presente em contextos metajurídicos, como na tese do desenvolvimento como liberdade; e desenvolvimento como processo plural incorporado pela democracia, pelos direitos humanos, pela equidade social, pela educação, pelo respeito às minorias e pela ampla participação nas decisões políticas, além do respeito à cultura e ao meio ambiente.

---

<sup>33</sup> L. LOURENÇO-GOMES, L. M. C. PINTO, J. REBELLO, *Wine and cultural heritage. The experience of the Alto Douro Wine Region*, University of Florence, pp. 78-87, 2015.

<sup>34</sup> M.-C., PICHÉRY, *Reconnaissance officielle en France du vin comme produit culturel: enjeux pour les professionnels dans la mondialisation*, Pôle d’Economie et Gestion, Université de Bourgogne, Dijon, 2013.

<sup>35</sup> ONU, *Relatório Nosso Futuro Comum*, New York, 1987.

<sup>36</sup> M. L. ANDRADE CORREIA, E. R. DIAS, *Desenvolvimento sustentável, crescimento econômico e o princípio da solidariedade intergeracional na perspectiva da justiça ambiental*, op. cit.

<sup>37</sup> M. L. DE ALENCAR MAYER FEITOSA, M. M. FERNANDES PEREIRA, *Direito econômico da energia e do desenvolvimento - ensaios interdisciplinares*, São Paulo, 2012. p. 43.

<sup>38</sup> F. PIOVESAN, *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*, in Ea et al., *Direito ao desenvolvimento*, Belo Horizonte, 2010. pp. 95-116.

Adotando a clássica divisão de direitos humanos em gerações, proposta por Karel Vasak<sup>39</sup>, o direito ao desenvolvimento é um direito humano de terceira geração, como são os direitos relacionados à fraternidade ou à solidariedade, a exemplo do direito ao patrimônio cultural, ao meio-ambiente preservado e saudável e à paz.

Esses direitos visam à proteção de todo gênero humano, sendo “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”<sup>40</sup>, pois que não buscam a proteção de um homem isolado ou de uma coletividade, mas de todos os homens.

A concepção do direito ao desenvolvimento como um direito de fraternidade evita uma visão “dicotômica e simplificadora do mundo”<sup>41</sup>, que divide o mundo em apenas dois tipos antagônicos e excludentes, ou seja, o mundo moderno *versus* o mundo arcaico; o sujeito racional *versus* o sujeito selvagem; o saber científico *versus* o saber tradicional.

Essa perspectiva simplista carrega a ideia de que desenvolvimento é igual à ocidentalização do mundo e que deve haver uma homogeneização cultural. Contudo, tal compreensão é contrária à abordagem metodológica proposta pelo multiculturalismo, que é baseada no direito à diversidade cultural, no respeito às diferentes culturas e na compreensão de que todas as culturas podem contribuir para o desenvolvimento e a dignidade da humanidade.

Por outro lado, como alerta Correa, é necessário perceber que, em uma sociedade complexa e multicultural, um modelo jurídico de desenvolvimento constitucionalmente orientado deve passar por um processo dialético, em que a tese de progresso ininterrupto deve ser negada pela antítese da “conservação da identidade do Outro”, resultando em uma “reinvenção constante da categoria desenvolvimento”<sup>42</sup>.

Por essa perspectiva, o plano de desenvolvimento traçado pelo Estado, de acordo com os princípios constitucionais, especialmente os que garantem a diversidade cultural, deve respeitar e proteger o pluriculturalismo econômico, aceitando que existem múltiplas formas de organização econômica, conforme a identidade cultural, pois existem diferentes significações para a produção, a circulação, a distribuição e o consumo em cada comunidade cultural, as quais não podem ser suprimidas pelo argumento do desenvolvimento.

Desse modo, o plano de desenvolvimento traçado pelo Estado não pode ser apenas sinônimo de crescimento industrial, grandes obras de infraestrutura e expansão da oferta de bens de consumo duráveis<sup>43</sup>. Esse plano estaria incompleto por desconsiderar a diversidade cultural e o pluralismo das organizações econômicas existentes nas diferentes culturas que formam a sociedade.

O principal obstáculo do direito ao desenvolvimento é a sua efetividade, devido à sua fragilidade de implementação [*implementation gap*]<sup>44</sup>, que pode ser alcançada por meio do Estado e da cooperação internacional.

---

<sup>39</sup> Cf. P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 34. ed., São Paulo, 2019.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 583.

<sup>41</sup> L. A. CORREA, *Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada*, op. cit., p. 277.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Apesar do protagonismo dos direitos humanos atualmente, existem autores, de posição minoritária, que criticam a sua eficácia, considerando-os construções ocidentais, etnocêntricas e que não refletem a filosofia e a cultura dos outros Estados do mundo. Esses autores se baseiam em críticas, como as feitas por Michel Villey, quando aduz que os direitos humanos são irrealis e sua impotência é manifesta, aduzindo que tais direitos seriam “o sonho de universalizar o *way of life* americano”. Cf. M. VILLEY, *O direito e os direitos humanos*, São Paulo, 2007, p. 6.

Dar efetividade ao direito ao desenvolvimento é o objetivo primordial do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PUND), que, com esse objetivo, implementou, primeiramente, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e, em seguida, a Declaração dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a chamada Agenda 2030, os quais só foram viáveis em razão da mudança de paradigma conceitual de desenvolvimento pela adoção da concepção formulada por Amartya Sen<sup>45</sup>.

Os ODM foram considerados “o mais bem-sucedido esforço mundial de combate à pobreza”<sup>46</sup>, mas as fragilidades mundiais, que impedem o desenvolvimento humano global, não foram completamente sanadas. Esse fato motivou o estabelecimento da Agenda 2030, cuja proposta é cumprir as metas inacabadas dos ODM e ampliá-las. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável podem ser resumidos na seguinte promessa, constante da Declaração:

Nós resolvemos, entre agora e 2030, acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; e assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais. Resolvemos também criar condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais.<sup>47</sup>

Como dito, dentre as metas de desenvolvimento sustentável está a Meta 11.4, que tem por propósito “fortalecer os esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo”<sup>48</sup>, que preconiza o dever de salvaguarda do patrimônio cultural e natural do mundo e exprime a percepção internacional do patrimônio cultural como instrumento de desenvolvimento.

### 3 O PATRIMÔNIO CULTURAL E O DESENVOLVIMENTO PELO PATRIMÔNIO

Patrimônio é uma palavra muito antiga que, na sua origem, é ligada às estruturas familiares, econômicas e jurídicas de uma sociedade estável e enraizada no tempo e no espaço. O conceito de patrimônio cultural flutua no tempo e no espaço de tal modo que Babelon e Chastel<sup>49</sup> afirmam que a palavra é antiga, a noção é imemorable e o termo que usamos atualmente é fruto de uma longa e caótica história.

Atualmente, o patrimônio cultural pode ser entendido como um conjunto de bens materiais e imateriais legados do passado e dotados de valores culturais que são reconhecidos e escolhidos por determinada coletividade e que devem ser protegidos para herança

<sup>45</sup> Cf. D. HUME, *The making of the millennium development goals: human development meets results-based management in an imperfect world*, Brooks World Poverty Institute – University of Manchester, UK, 2007. Disponível em: <http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/773bwpi-wp-1607.pdf>.

<sup>46</sup> P. GONZAGA MIBIELLI DE CARVALHO, F. CAVAS BARCELLOS, *Os objetivos do desenvolvimento do milênio – ODM: uma avaliação crítica*. Sustentabilidade em Debate, Brasília, v. 5, n. 3, p. 222-244, set./dez. 2014, p. 222.

<sup>47</sup> ONU, *Transformando Nosso Mundo*, op. cit.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> J. P. BABELON, A. CHASTEL, *La notion de patrimoine*, Paris, 2005.

e fruição das gerações presentes e futuras. Nesse sentido, Vernières<sup>50</sup> aduz que o patrimônio cultural pode ser dimensionado como “*un ensemble de biens, matériels ou immatériels, dont l’une des caractéristiques est de permettre d’établir un lien entre les générations, tant passées qu’à venir. Il est donc issu d’un héritage, produit de l’histoire, plus ou moins ancienne, d’un territoire ou d’un groupe social*”.

Igualmente importante é o dimensionamento de patrimônio apresentado por Varine, quando ele aponta que o patrimônio é considerado como bem comum, ou seja, um bem público e coletivo, de natureza cultural, que é necessário, essencialmente, conhecer e fazer conhecer, conservar, restaurar e transmitir, nestes termos: “*le patrimoine a été considéré comme un bien commun, de nature culturelle, qu’il fallait essentiellement connaître et faire connaître, conserver, voire restaurer, bref transmettre*” e “*il est un héritage qui doit être préservé et transmis, comme une valeur culturelle nationale et universelle*”<sup>51</sup>.

De acordo com o campo do saber humano estudado, a concepção do que é patrimônio cultural pode sofrer certas alterações, mas para os fins propostos neste trabalho, duas visões do patrimônio são essenciais, a saber: a perspectiva de que o patrimônio é um direito humano cultural e a concepção de que o patrimônio é uma herança, uma riqueza que pode ser explorada sustentavelmente com vistas ao desenvolvimento. Esses entendimentos sobre o patrimônio cultural, ou seja, essas duas dimensões que são jurídicas e econômicas, devem ser complementados por meio de uma abordagem interdisciplinar, realizando-se intersecções e atravessamentos com e a Arte, a Arquitetura, a História, a Antropologia, pois as duas ciências (Direito e Economia) têm dificuldades de conceituar o patrimônio cultural por critérios próprios.

No Direito, essa dificuldade advém da tentativa de separar a ciência jurídica dos valores, da filosofia, da moral, isto é, de outros saberes e ciências, em razão da adesão à teoria do juspositivismo, que “aceitou e difundiu a ideia de que a ciência jurídica seria, acima de tudo, uma ciência lógica de interpretação cartesiana de textos racionais e objetivos, em que não haveria lugar para incertezas semânticas, a emocionalidade e até certa irracionalidade da arte e da estética”<sup>52</sup>. Na Economia, não é possível a compreensão do patrimônio cultural utilizando apenas o ferramental teórico, científico e matemático tradicional (conceitos e técnicas relativos à utilidade, à produção, a restrições, à máxima satisfação, à precificação, entre outros), pois esse instrumental não leva em conta a dimensão cultural do bem, traduzida pelo seu valor cultural<sup>53</sup>.

O que difere o patrimônio cultural de outros bens, o que torna os bens culturais especiais e aptos a receberem a proteção estatal, são os valores culturais neles presentes. E esses valores mudam segundo o momento histórico, de modo que as pessoas de uma determinada época escolhem bens culturais materiais e imateriais que detenham certos valores culturais, que podem ser ampliados ou reduzidos segundo a época.

Alois Riegl<sup>54</sup> faz uma análise dos valores culturais do patrimônio adotando uma concepção subjetivista dos valores, quando afirma que os valores são dados pelos indivíduos, sendo, portanto, subjetivos e frutos das emoções humanas. Para ele, não existe um valor absoluto, pois os valores são relativos, sofrendo modificações e transformações, de acordo com o período histórico.

<sup>50</sup> M. VERNIÈRES, *Le Patrimoine: une ressource pour le développement*, Épargne sans frontière, Paris, v. 1, n. 118, 2005, p. 7-20.

<sup>51</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, op. cit., p. 100.

<sup>52</sup> M. T. FRANCA FILHO, *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*, Porto Alegre, 2011, p. 18.

<sup>53</sup> D. THROSBY, *Economics and culture*, Cambridge, 2001.

<sup>54</sup> A. RIEGL, *O culto moderno dos monumentos: a sua essência e a sua origem*, São Paulo, 2014.

Assim, como os valores culturais mudam e evoluem, o patrimônio cultural seguirá essa transformação, tornando-se o testemunho de uma determinada época, conforme o estágio evolutivo do ser humano e dos seus valores.

Nesse ponto, é oportuno apresentar os valores culturais, utilizando, a doutrina de Riegl<sup>55</sup>, segundo o qual os valores culturais do patrimônio podem ser divididos em: valor de antiguidade [*Alterswert*], que se baseia no aprofundamento do valor de memória do indivíduo; valor de arte [*Kunstwert*], que está presente em “em toda obra que possua uma integralidade em suas propriedades de concepção, forma e cor e que responda ao ‘querer da arte’ [*Kunstwollen*] vigente à época de sua composição”<sup>56</sup>; valor de memória [*Erinnerungswert*], voltado à manutenção da memória coletiva do povo; valor histórico [*Historischer Wert*], o qual é relacionado à história de tudo que foi e já não é mais hoje em dia; valor de novidade [*Neuheitswert*], presente em toda nova obra de arte; e valor de utilidade [*Gebrauchswert*], que é a usabilidade do patrimônio cultural.

Benhamou<sup>57</sup>, por sua vez, afirma que a heterogeneidade de conceitos de patrimônio gerou uma ampliação e diversificação de valores culturais. A autora aponta como inerentes ao patrimônio cultural os seguintes valores: *o valor estético*, que é o belo, o extraordinário e as artes clássicas; *o valor histórico*, referente à memória e à rememoração; *o valor contemporâneo*, relativo à arte contemporânea e ao uso; *o valor simbólico*, que é a história, as referências comuns que penetram na psique nacional; *o valor social*, que diz respeito ao elemento de coesão social e adesão coletiva às referências sociais; *o valor científico*, que é o objeto de saber e do conhecimento; e *o valor educativo*, que representa um elo com a história e com as artes.

Além desses valores, Benhamou<sup>58</sup> destaca *o valor mercantil* do patrimônio que se desdobra em dois valores: *o valor de comunicação* e *o valor de apropriação*, os quais dizem respeito à capacidade do patrimônio de atrair turismo e empresas.

Atualmente, o patrimônio cultural é reconhecido na ordem jurídica internacional e nacional como um direito humano cultural. Os direitos culturais são o direito à cultura, à liberdade cultural, à participação na cultura, ao usufruto da cultura e do patrimônio cultural<sup>59</sup>. O exercício dos direitos culturais tem o condão de viabilizar o pleno desenvolvimento do ser humano<sup>60</sup>, tornando-o digno e substancialmente livre.

Os direitos culturais são considerados “capacidade das capacidades”<sup>61</sup>, pois ampliam o exercício dos outros direitos humanos e conferem plena autonomia de vontade. Nessa perspectiva, aponta-se a visão de Meyer-Bisch, *in verbis*:

[...] os direitos culturais permitem o respeito à dignidade mais profunda, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e do aproveitamento de todas as suas capacidades. Dessa forma, tais direitos funcionam como ferramenta para que o indivíduo reconheça essas capacidades que possui, em consonância com as capacidades externas do ambiente, potencializando a apropriação de recursos que vão lhe possibilitar o exercício dos demais direitos. Direitos estes, como saúde, moradia, educação, que se tornarão inescapáveis caso as capacidades dos direitos culturais já

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ivi, p. 24.

<sup>57</sup> F. BENHAMOU, *Economia do patrimônio cultural*, São Paulo, 2016.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> J. A. DA SILVA, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, 2001.

<sup>60</sup> M. CHAUÏ, *Cultura e democracia: crítica y emancipación*, Revista Latinoamericana de Ciências Sociais, Buenos Aires, ano 1, n. 1, p. 53-56, 2008.

<sup>61</sup> P. MEYER-BISCH, *A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos*, Revista Observatório Itaú Cultural/OIC, São Paulo, n. 11, p. 27-42, jan./abr. 2011.



tenham sido assimiladas e apropriadas<sup>62</sup>. [...] Sob esta ótica, os direitos culturais, entendidos como “capacidades de capacidades”, possuem “um ‘efeito desencadeador’ sobre os demais direitos humanos”<sup>63</sup>.

Assim, quando o ser humano tem acesso à cultura e exerce os direitos culturais, como o direito à educação, à liberdade cultural e ao patrimônio cultural, pode se desenvolver plenamente e espiritualmente, florescendo e tornando-se digno e livre, com sua capacidade de autoderminação ampliada.

O direito ao patrimônio cultural é classificado como um direito humano de segunda e terceira gerações ou dimensões, pois, ao mesmo tempo, demanda uma ação positiva por parte do Estado para efetivá-lo, característica típica dos direitos fundamentais de segunda geração, bem como é fraterno, solidário, intergeracional e transindividual, características típicas dos direitos fundamentais de terceira geração.

A segunda importante visão do patrimônio é a sua concepção como riqueza, herança e legado para as gerações presentes e futuras, sendo “ao mesmo tempo, herança, fruição e memória”, e fonte de desenvolvimento sustentável para os países em desenvolvimento<sup>64</sup>.

Duas normas internacionais destacam a visão de patrimônio como riqueza e impulsionador do desenvolvimento: a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais<sup>65</sup> da UNESCO de 2005<sup>66</sup> e a Convenção-Quadro do Conselho da Europa Relativa ao Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade, também chamada Convenção do Faro ou Convenção-Quadro de 2005.

Na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO de 2005, os diferentes patrimônios culturais dos povos são vistos como motores dos valores e das capacidades humanas, sendo um dos “principais motores para o desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações”<sup>67</sup>.

Sob a afirmação que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade e um patrimônio comum da humanidade, que torna o mundo mais rico e variado, essa norma internacional destacou que a cultura e o patrimônio cultural devem ser incorporados na política de desenvolvimento nacional e internacional, devendo haver a cooperação internacional para o cumprimento dos Objetivos do Milênio da ONU, com vistas à erradicação da pobreza.

Ademais, Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais alerta para o fato de que os bens e serviços culturais não devem ser tratados como bens meramente comerciais, pois possuem valores tanto econômicos quanto culturais.

É possível observar que essa Convenção é baseada no multiculturalismo, fundamento filosófico e abordagem metodológica que possibilitou o reconhecimento dos direitos à diversidade cultural, ao respeito, ao incentivo, ao diálogo, à convivência e à troca entre as muitas culturas, sendo fundamental à percepção de que cada cultura pode contribuir para o desenvolvimento e a dignidade de toda a humanidade.

---

<sup>62</sup> Ivi, p. 38-39.

<sup>63</sup> Ivi, p. 38.

<sup>64</sup> I.S.V. SOARES, *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, op. cit., p. 25.

<sup>65</sup> UNESCO, *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*, Paris, 2005.

<sup>66</sup> O Brasil ratificou essa convenção, por meio do Decreto nº. 6.177, de 1º de agosto de 2007.

<sup>67</sup> UNESCO, *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*, op. cit.

A perspectiva multiculturalista acabou com a visão de que existem culturas inferiores e superiores, pois todas as culturas são percebidas como riquezas que se complementam, mutuamente. Nesse sentido, Varella<sup>68</sup> apresenta o seguinte ensinamento:

O multiculturalismo relaciona-se diretamente com a ideia de estímulo e preservação da diversidade cultural, um dos princípios basilares das políticas públicas de cultura assentadas nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, tal qual a Convenção da Diversidade Cultural da Unesco, de 2005. [...] Nessa esteira, Roberto Fernandez traz uma definição conceitual pertinente de multiculturalismo, como a coexistência enriquecedora de diversos pontos de vista, interpretações, visões, atitudes, provenientes de diferentes bagagens culturais. [...] Sob esta abordagem, o multiculturalismo significa a valorização das diferenças, das particularidades simbólicas constitutivas de cada agrupamento étnico ou regional. Implica, assim, uma ‘não homogeneidade-cultural e étnica’.

O multiculturalismo é fundamentado no princípio da fraternidade, por meio do qual os seres humanos se veem como iguais e agem motivados pela empatia, reconhecendo-se no outro como um outro de si mesmo; um outro eu que não sou eu, mas, ao mesmo tempo, sou eu integrando a Sociedade, existindo nesses termos uma relação horizontal de respeito e ajuda mútuos. Assim, pelas lentes do princípio da fraternidade, não há cultura superior; todas as culturas estão no mesmo nível e são enxergadas como igualmente importantes e ricas.

A segunda norma que destaca o patrimônio como riqueza e impulsionador do desenvolvimento é a Convenção-Quadro de 2005, documento pertencente ao sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos, que traz como um dos seus propósitos o reforço da importância do patrimônio no desenvolvimento sustentável.

A Convenção do Faro traz uma ótica utilitarista à proteção do patrimônio cultural<sup>69</sup>, que não é vista como fim em si mesma, mas representa um instrumento para a melhoria da vida dos povos europeus. Com essa mesma perspectiva, Stamatopoulou<sup>70</sup> aduz que a referida Convenção possui a importante visão do patrimônio cultural como uma herança e um valor impulsionador do desenvolvimento sustentável. Essa autora aponta também que há uma mudança de prisma nessa Convenção de 2005, pois, no lugar de questionar “como preservar o patrimônio?”, a questão fundamental posta é “por quê?” e “para quem preservar e melhorar a herança cultural?”.

De fato, o patrimônio como impulsionador do desenvolvimento sustentável tem destaque nessa Convenção, notadamente, nos artigos 9º e 10º. O artigo 9º versa sobre a utilização sustentável do patrimônio, ou seja, o uso econômico do patrimônio com os seguintes limitadores: respeito à sua integridade e aos seus valores culturais inerentes; gestão sustentável; e encorajamento à manutenção e à conservação com qualidade técnica elevada e com a utilização de técnicas, materiais e aptidões tradicionais. Já o artigo 10º apresenta o compromisso dos Estados-partes na valorização do patrimônio cultural como fator de desenvolvimento, cabendo a esses entes internacionais o dever de aumentar a informação sobre as potencialidades econômicas do patrimônio e realizar políticas econômicas voltadas a ele.

<sup>68</sup> G. VARELLA, *Plano nacional de cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*, Rio de Janeiro, 2014. p. 27.

<sup>69</sup> L. LIXINSKI, *Regional and international treaties on intangible cultural heritage: between tradition and contemporary culture*, in V. Prado Sares, M. Pragmácio (org.), *Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*, Salvador, 2018. p. 47-69.

<sup>70</sup> E. STAMATOPOULOU, *Cultural rights in International law*, Boston, 2007.

## 4 O DESENVOLVIMENTO PELO PATRIMÔNIO CULTURAL - CONDIÇÕES E CONSEQUÊNCIAS

Certos economistas estão se debruçando no estudo do patrimônio como propulsor do desenvolvimento sustentável. Na perspectiva econômica, o patrimônio cultural é um conjunto composto por diversos bens, tangíveis e não tangíveis, cuja base comum é a referência à história ou à arte, formando-se pela relação entre a sociedade e sua história e estando em incessante processo de transformação. Throsby<sup>71</sup> declara que, para existir um bem cultural, do ponto de vista econômico, seria necessário que esse bem preenchesse três características, a saber: envolver criatividade na produção, ter um significado simbólico [valor cultural] e a capacidade de gerar direitos de propriedade intelectual.

Throsby<sup>72</sup>, Greffe<sup>73</sup> e Varine<sup>74</sup>, por exemplo, dedicaram-se a fazer análises econômicas da cultura e do patrimônio cultural, propondo analisar este último como um “capital cultural”, como um verdadeiro ativo econômico e como um investimento produtivo comum a ser examinado por meio de técnicas econômicas de avaliação de investimentos. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Varine<sup>75</sup> quando afirma que o patrimônio é um capital herdado das gerações passadas, disponível ao desenvolvimento do povo, que deve ser preservado e enriquecido pela geração presente para ser transmitido às gerações futuras, não como um bem estéril e escondido em um museu, mas como um bem vivo, evolutivo e ao serviço de todos.

Contudo, a análise econômica do patrimônio cultural é complexa. O ferramental clássico da Economia não é adequado para dimensionar os valores culturais, que são, justamente, os elementos essenciais dos bens culturais, os quais devem ser percebidos e respeitados em todas as análises, especialmente na análise econômica do patrimônio cultural. Nesse sentido, Greffe<sup>76</sup> declara que “*l'économie du patrimoine ne peut être que complexe*”, em razão do cuidado que deve ter com a manutenção dos valores culturais. Exemplo dessa complexidade da análise econômica dos bens culturais é a precificação de um bem cultural. Não é possível valorar um bem cultural, utilizando-se a precificação normal de mercado<sup>77</sup>, tratando os bens culturais como bens ou produtos econômicos comuns, uma vez que essa técnica não irá considerar apropriadamente o valor cultural do bem.

Apesar dessa complexidade, a perspectiva econômica do patrimônio pode gerar diversos benefícios. Por exemplo, pode auxiliar na tomada de decisão acerca da alocação de recursos em instituições culturais, acerca do financiamento e do gerenciamento do patrimônio público. E o benefício mais importante para esse trabalho da visão econômica é a perspectiva do patrimônio cultural como “mola propulsora do desenvolvimento”<sup>78</sup> local e um importante ativo econômico a ser explorado com vistas ao desenvolvimento.

<sup>71</sup> “*That the activities concerned involve forms of creativity in their production; - that they are concerned with the generation and communication of symbolic meaning, and - that their output embodies, at least potentially, some form of intellectual property*”. Cf. D. THROSBY, *Economics and culture*, op. cit., p. 4.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> X. GREFFE, *L'économie politique du patrimoine culture: de la médaille au rhizome. Le Patrimoine, moteur de développement*, op. cit.

<sup>74</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, op. cit.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> X. GREFFE, *L'économie politique du patrimoine culture: de la médaille au rhizome. Le Patrimoine, moteur de développement*, op. cit.

<sup>77</sup> D. THROSBY, *Economics and culture*, op. cit.

<sup>78</sup> BNDES (Banco Nacional de desenvolvimento econômico e social), *A preservação do patrimônio cultural como âncora do desenvolvimento econômico*, V.S. Cardoso, M. Goldenstein, E.F. Mendes, (Técs.), Brasília, 2009, p. 352.

Para que o patrimônio cultural seja utilizado como fonte para o desenvolvimento sustentável, é necessário o atendimento a, pelo menos, quatro condições mínimas: o conhecimento e a valorização do patrimônio cultural pelo povo concernente, além de sua participação em todo o processo de uso do patrimônio para o desenvolvimento; o tipo de desenvolvimento buscado pelo povo, que deve ser compatível com o uso econômico, democrático e sustentável do patrimônio, como o proposto na Agenda 2030; a decisão política, consubstanciada na norma jurídica que imponha uma ação estatal no sentido de buscar o desenvolvimento pelo patrimônio cultural, regulando a atividade econômica e possibilitando a apropriação dos benefícios decorrentes por toda a comunidade; e, por último, a cooperação internacional voltada ao auxílio dos países em desenvolvimento.

A primeira condição, para que ocorra o desenvolvimento pelo patrimônio, é o conhecimento e o reconhecimento da importância e do valor do patrimônio pela comunidade local. É essencial que o povo reconheça o valor cultural do patrimônio e tenha consciência dos benefícios econômicos, sociais e culturais que podem advir do seu uso sustentável. Assim, não basta apenas o reconhecimento internacional, por meio de organismos internacionais, ONGs, entre outros, o que pode até existir, desde que, primeiramente, o povo afetado detenha esse reconhecimento.

Somente com o reconhecimento do valor do patrimônio cultural pelo povo é possível pensar sobre um desenvolvimento sustentável e duradouro por meio do patrimônio cultural. Nesse sentido, afirmam Vernières<sup>79</sup> e Varine<sup>80</sup>, respectivamente:

Dès lors, la valorisation pour le développement économique et social d'un patrimoine essentiellement reconnu à l'échelle internationale ne va pas de soi. Cette valorisation suppose aussi sa reconnaissance locale en tant que patrimoine, son appropriation par les populations en relation étroite avec les réalités du développement territorial.

*Le développement local repose en premier lieu sur la connaissance, l'exploitation raisonnée (soutenable) des ressources du territoire, qui sont au nombre de deux: la richesse humaine et la richesse patrimoniale. C'est ce qui permet de créer et de maintenir un développement endogène. Celui-ci, lorsqu'il est bien enraciné dans le territoire et ses ressources, peut et doit aller au delà et se nourrir d'apports exogènes, investissements, main d'oeuvre, activités.*

Os pensamentos de Vernières e Varine refletem o que foi constatado empiricamente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, na pesquisa intitulada A Preservação do Patrimônio Cultural como Âncora do Desenvolvimento Econômico realizada em 2009. Nesse trabalho, o BNDES verificou que o patrimônio pode ser mola propulsora do desenvolvimento econômico local, desde que haja preservação do seu valor cultural, visto que patrimônios degradados ou descaracterizados têm pouca ou nenhuma atratividade econômica.

Ademais, nesse estudo, foi constatado que a preservação do patrimônio só é efetiva e duradoura se houver o envolvimento do povo, este obtido por meio de projetos de investimentos em educação cultural (ou sensibilização cultural) e sustentabilidade dos monumentos. Assim, a sensibilização cultural do povo é também um investimento no próprio patrimônio cultural, que será reconhecido pelo seu valor e importância e, com isso, preservado.

<sup>79</sup> M. VERNIÈRES, *Le patrimoine: une ressource pour le développement*, op. cit., p. 9.

<sup>80</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, op. cit.

A segunda condição para que ocorra o desenvolvimento pelo patrimônio é a definição do tipo de desenvolvimento buscado pelo povo ligado a esse patrimônio, pois, como o patrimônio é uma construção social, o seu lugar no projeto de desenvolvimento depende do que o povo concernente considera como desenvolvimento. Nesse sentido, Vernières<sup>81</sup> aduz que é impossível um modelo econômico de utilização do patrimônio como fonte de desenvolvimento que seja aplicável a todos os povos.

No entanto, usando o modelo econômico de desenvolvimento proposto por Amartya Sen e adotado pela ONU, primeiro nos ODS e depois da Agenda 2030, isto é, o desenvolvimento como um processo rumo à retirada das privações da liberdade substancial do ser humano, Vernières<sup>82</sup> pensa ser possível haver desenvolvimento humano sustentável, tendo o patrimônio cultural como uma fonte econômica em três aspectos: *o desenvolvimento do povo*, traduzido no aumento da educação cultural, da saúde, do bem-estar e do nível demográfico; *o desenvolvimento pelo povo*, constituído pela ampliação da qualidade e do volume do emprego e pela participação democrática do povo nas decisões políticas relacionadas ao patrimônio e à comunidade; e *o desenvolvimento para o povo*, refletido no incremento da renda e na diminuição das desigualdades econômico-sociais.

A terceira condição para que ocorra o desenvolvimento pelo patrimônio é a necessidade de uma decisão política nesse sentido.

Mesmo a coletividade reconhecendo a importância do patrimônio cultural, a falta de recursos públicos, principalmente nos países em desenvolvimento ou em crise, faz com que esses recursos sejam destinados a projetos considerados mais prioritários, como os ligados à saúde, à educação e à segurança pública.

Os projetos relacionados ao patrimônio levam certa desvantagem no cenário de crise, pois, geralmente, apresentam um custo adicional, em média, 20% maior do que os projetos que propõem a construção do novo, devido às despesas necessárias com a conservação e o restauro dos bens culturais. Contudo, tais custos extras são, geralmente, compensados ao longo do tempo pelos benefícios diretos e indiretos advindos da exploração e pela valorização de toda a área conexas aos bens culturais.

Na verdade, como sustenta Vernières<sup>83</sup>, a adesão ou não a projetos que usem o patrimônio como mola propulsora do desenvolvimento será uma decisão tomada politicamente, segundo a visão e a escolha do grupo político e social dominante no Estado, não havendo cálculo econômico que tenha a capacidade de determinar essa escolha.

Desta forma, a decisão acerca de usar ou não o patrimônio no projeto desenvolvimentista do Estado, que é uma decisão política, dependerá de uma sensibilização cultural de toda a sociedade e dos valores culturais presentes nessa sociedade no momento da decisão, que mudam de acordo com o período histórico, conforme ensina Alois Riegl<sup>84</sup>.

Se a decisão for tomada, demandará uma ação estatal no sentido de buscar o desenvolvimento pelo patrimônio cultural, regulando a atividade econômica e possibilitando a apropriação dos benefícios decorrentes por toda a comunidade. Mas, se não tomada, cabe lembrar o alerta de Varine quando este declara que “*notre patrimoine est en danger s’il ne sert à rien*”<sup>85</sup>, ou seja, se não for atribuído um uso e uma finalidade ao patrimônio, que beneficie toda a coletividade, esse patrimônio fica ameaçado.

Neste ponto, chega-se ao quarto requisito mínimo, para que haja desenvolvimento pelo patrimônio cultural, que é a cooperação internacional voltada ao auxílio dos países em desenvolvimento ou em crise.

<sup>81</sup> M. VERNIÈRES, *Le patrimoine: une ressource pour le développement*, op. cit.

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> A. RIEGL, *O culto moderno dos monumentos: a sua essência e a sua origem*, op. cit.

<sup>85</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, op. cit., p. 111.

Como dito, no preâmbulo da Agenda 2030 da ONU, há a declaração dos Estados-membros de “acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países”, criando “condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais”<sup>86</sup>. Ademais, há o comprometimento de atuar em parceria e de forma colaborativa para libertar a raça humana da tirania da pobreza e das privações, sem “deixar ninguém para trás”<sup>87</sup>. Percebe-se, assim, que existe uma preocupação na Agenda 2030 com a cooperação internacional.

Nesse aspecto, cabe destacar o Objetivo 1, Meta 1.5, em que há o compromisso de cooperação internacional, inclusive, por meio da mobilização significativa de recursos de variadas fontes, possibilitando meios adequados com os quais os países de menor desenvolvimento possam implementar programas, projetos e políticas para acabar com a pobreza.

Essa cooperação internacional para o desenvolvimento por meio do patrimônio cultural, especialmente em termos de mobilização de recurso, é fundamental, pois, como lembra Vernières<sup>88</sup>, organismos internacionais como a UNESCO, apesar de sua antiga preocupação com a valorização do patrimônio, não dispõem de meios financeiros.

Felizmente, existe uma tendência de cooperação internacional financeira da parte dos Estados desenvolvidos para financiar a proteção do patrimônio cultural, como ocorre nas cidades francesas de Chinon e de Lille, que despendem mais recursos para a valorização das cidades de Luang-Prabang e de Saint Louis du Sénégal do que com seu próprio patrimônio<sup>89</sup>.

Essa cooperação financeira também poderia ser utilizada para o desenvolvimento por meio do patrimônio, financiando programas, projetos e políticas voltados para isso, pois não existe proteção duradoura do patrimônio cultural sem que haja uma destinação útil para ele.

Essa cooperação financeira pode ser feita também pelos atores privados, desde que haja o incentivo estatal para isso. Na França, por exemplo, as pessoas jurídicas podem descontar do seu imposto de renda, do imposto sobre as sociedades e do imposto sobre as fortunas imobiliárias, até 60% das doações feitas, a título de mecenato, para programas de salvaguarda e de valorização do patrimônio cultural em países estrangeiros, inclusive fora da comunidade europeia, desde que esses programas sejam dirigidos por organismos internacionais de que a França seja parte, como é o caso da UNESCO<sup>90</sup>.

Assim, o uso do patrimônio cultural para o desenvolvimento pode gerar um círculo virtuoso de proteção e desenvolvimento, e consequências, diretas e indiretas, muito benéficas para o povo concernente.

Na análise da segunda condição para que haja desenvolvimento, com fundamento na doutrina de Vernières, falou-se que o uso econômico sustentável do patrimônio pode produzir o *desenvolvimento do povo*, o *desenvolvimento pelo povo* e o *desenvolvimento para o povo*.

Na verdade, os benefícios advindos da economia do patrimônio cultural ultrapassam o mero turismo cultural e os meros efeitos econômicos, pois atingem também aspectos

<sup>86</sup> ONU, *Transformando Nosso Mundo*, op. cit., p.1.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> M. VERNIÈRES, *Le patrimoine: une ressource pour le développement*, op. cit.

<sup>89</sup> M. VERNIÈRES, *Le patrimoine: une ressource pour le développement*, op. cit.

<sup>90</sup> A: VERJAT, *Culture et patrimoine, protection de l’environnement et recherche scientifique*, Jurisassociations, Lyon, n. 585, p. 23-25, 1er oct. 2018.

sociais, culturais, ambientais e democráticos<sup>91</sup>, melhorando a qualidade de vida, a saúde, a educação, o emprego, a atividade econômica, o meio-ambiente, as relações sociais e comunitárias, atuando em vários aspectos da vida humana e social, como ressalta Varine<sup>92</sup>, *ipsis litteris*:

Le patrimoine intervient, à un titre ou à un autre, dans tous ces secteurs, comme facteur d'image et d'identité culturelle, comme bien commun et donc lien social au sein de la communauté, comme source de savoirs et matériau pédagogique dans tous les secteurs de l'éducation des enfants et des adultes, comme ensemble de bâtiments, d'espaces, de métiers, de traditions porteuses d'opportunités minières, industrielles, agricoles, artisanales, scientifiques, et évidemment touristiques.

O *desenvolvimento do povo* refere-se, em primeiro lugar, a uma tendência de aumento demográfico, pois, quando há uma queda das taxas de crescimento populacional, especialmente quando a população é mais velha, significa que existem fraquezas na dinâmica econômico-social. Todavia, a presença de um patrimônio cultural importante pode manter os jovens na comunidade e atrair novos residentes por existir uma dinâmica econômica favorável. Em segundo lugar, há uma propensão ao melhoramento do nível de educação e de formação cultural da localidade ligada ao patrimônio. Quando o patrimônio cultural é utilizado como fonte econômica, além de atrair atividades escolares, conferências, congressos, os habitantes acabam tendo a necessidade de ter mais contato e mais conhecimento sobre o seu patrimônio para poderem trabalhar com ele. Em terceiro lugar, ocorre uma predisposição ao aumento da saúde, do bem-estar e da qualidade de vida da população, devido à necessidade de preservação do meio-ambiente, de espaços verdes e de zonas naturais que, geralmente, estão ligadas ao patrimônio.

Concordando com a ideia de propensão ao aumento do bem-estar e da qualidade de vida nas cidades pela economia do patrimônio, Greffe pondera que essa qualidade depende “*en grande partie de la manière dont elles ont su placer leur patrimoine en harmonie avec les autres bâtiments et espaces, renforçant mutuellement leur sens*”<sup>93</sup>.

No que se refere ao *desenvolvimento pelo povo*, o primeiro aspecto é a tendência ao incremento no volume de empregos, o que é um indicador-chave no estudo do impacto da exploração econômica do patrimônio<sup>94</sup>. Essa inclinação diz respeito ao aumento dos empregos diretos e indiretos, advindos do aumento geral da atividade econômica na região. Mas Vernières<sup>95</sup> alerta para o fato de que o aumento do volume de empregos só ocasionará o desenvolvimento se esses empregos tiverem qualidade, ou seja, se tais empregos exigirem certa qualificação profissional e não forem de curta duração ou de tempo parcial.

A segunda propensão é o aumento da participação democrática do povo nas decisões políticas relacionadas ao patrimônio cultural, que, nas palavras de Vernières<sup>96</sup>, significa uma atuação nas definições acerca da maneira com que o patrimônio é constituído e como será administrado: “*il s'est constitué via le processus de patrimonialisation qui l'a*

<sup>91</sup> X. GREFFE, *L'économie politique du patrimoine culture: de la médaille au rhizome. Le Patrimoine, moteur de développement*, op. cit.

<sup>92</sup> H. DE VARINE, *Investir dans le patrimoine*, op. cit., p. 112.

<sup>93</sup> X. GREFFE, *L'économie politique du patrimoine culture: de la médaille au rhizome. Le Patrimoine, moteur de développement*, op. cit., p. 930.

<sup>94</sup> M. VERNIÈRES, *Le patrimoine: une ressource pour le développement*, op. cit.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Ibidem.

*fait naître et le fait évoluer dans le temps*”, sem a qual “*Aucune action de développement, dans quelque domaine que ce soit, ne peut être durable sans cette participation*”.

Quanto ao *desenvolvimento para o povo*, Vernières<sup>97</sup> aponta para uma vocação do incremento da renda das comunidades e a diminuição das desigualdades econômico-sociais. Todavia, esse aumento do nível da renda comunitária depende da capacidade do povo em conservar as rendas provenientes da exploração do seu patrimônio, seja pelo turismo, pelo comércio, pela produção e pelos demais setores coligados. Da mesma maneira, a diminuição das desigualdades socioeconômicas só irá ocorrer se os benefícios decorrentes do aumento da renda forem compartilhados equanimemente na comunidade.

Esses aspectos benéficos atrelados ao desenvolvimento pela exploração sustentável do patrimônio podem ser ou consequências diretas e previstas dessa atividade econômica, como, por exemplo, o aumento da renda, ou consequências indiretas que independem da vontade dos agentes econômicos, como é o caso do aumento da educação cultural, da saúde e da participação democrática da comunidade.

Por outro lado, contudo, podem ser produzidas consequências diretas ou indiretas negativas da exploração do patrimônio, que serão chamadas de custos. Por exemplo, pode não haver a apropriação da renda decorrente da exploração do patrimônio pela comunidade local, o que é uma consequência direta negativa ou um custo, sendo essa renda transferida a agentes ou a grupos externos, como grandes investidores, donos de redes de hotéis e cadeias de restaurantes, ou mesmo, não ser dividida equanimemente entre os membros da comunidade, gerando concentração de renda e aprofundamento das desigualdades sociais na própria comunidade. Já como exemplo de consequência indireta negativa ou um custo, pode existir um processo de gentrificação<sup>98</sup> nas áreas exploradas pelo patrimônio, ou seja, um fenômeno no qual os bens imóveis e os serviços se tornem tão valorizados e caros que acabem diminuindo o poder de compra e afastando as comunidades originárias.

Essas consequências indiretas, tanto benéficas quanto malélicas, resultantes do processo de uso do patrimônio cultural para o desenvolvimento, são chamadas de externalidades. Nusdeo<sup>99</sup> afirma que os direitos difusos, como são os direitos humanos de terceira geração, a exemplo do direito ao desenvolvimento, ao patrimônio cultural e ao meio-ambiente saudável e equilibrado, geram benefícios sociais gerais que são, justamente, as externalidades positivas.

As externalidades são falhas de sinal do mercado, que ocorrem quando os custos ou os benefícios não são apropriados pelas unidades responsáveis, quer produtoras, quer consumidoras, e são transferidos à terceiros sem que haja uma compensação<sup>100</sup>. Quando as externalidades geram um custo para alguém, são chamadas de negativas; quando geram benefícios, são chamadas de positivas.

Nesse cenário, para que haja desenvolvimento do povo ligado ao patrimônio cultural pela sua exploração econômica, é necessário que exista uma apropriação adequada dos benefícios diretos e indiretos (externalidades positivas) por toda a coletividade, com a sua distribuição equânime, bem como ocorra a minimização dos custos diretos e indiretos (externalidades negativa), o que pode ocorrer por uma ação do Estado no cumprimento do seu papel de regulador do mercado.

---

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> F. NUSDEO, *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>100</sup> Ibidem.



Assim, quando os benefícios diretos e indiretos são maiores do que os custos diretos e indiretos, há o desenvolvimento pelo uso sustentável do patrimônio cultural, o que pode ocorrer por meio de uma política estatal desenvolvimentista de redução das externalidades negativas, pois, no modelo jurídico de desenvolvimento, a responsabilidade primária na efetivação do desenvolvimento é do Estado<sup>101</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário de crise mundial, é preciso pensar sobre alternativas de desenvolvimento sustentável. Por isso, o objetivo do presente artigo foi refletir sobre o patrimônio cultural como ferramenta de efetivação do direito ao desenvolvimento sustentável, por meio da visão do patrimônio como um “capital cultural”, como verdadeiro ativo econômico e como um investimento produtivo coletivo, herdado das gerações passadas, que deve ser preservado e enriquecido pela geração atual, para ser transmitido às gerações futuras.

Essa análise só foi possível devido à mudança conceitual de dois institutos que já foram tidos como antagônicos: o desenvolvimento e o patrimônio cultural. Este entendido para além do seu aspecto cultural, passando a ser percebido como uma riqueza econômica; aquele, compreendido como um direito humano previsto, inicialmente, na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 1986, e como um processo rumo à liberdade substancial, por meio da redução das fontes de privação dessa liberdade, isto é, da fome, da miséria, da injustiça, da violência, da falta de acesso ao saneamento básico, à educação, ao patrimônio cultural, concepção formulada por Amartya Sen e adotada pela ONU na Agenda 2030.

Em seguida, com base no referencial teórico pesquisado, analisaram-se as condições para o uso do patrimônio como ferramenta de desenvolvimento sustentável, percebendo haver a necessidade de preenchimento de pelo menos quatro condições mínimas: o conhecimento e a valorização do patrimônio cultural pelo povo, além de sua participação em todo o processo de desenvolvimento; o tipo de desenvolvimento buscado pelo povo, que deve ser compatível com o uso econômico, democrático e sustentável do patrimônio, como o proposto na Agenda 2030; a decisão política, consubstanciada na norma jurídica que imponha uma ação estatal no sentido de buscar o desenvolvimento pelo patrimônio cultural, regulando a atividade econômica e possibilitando a apropriação dos benefícios decorrentes por toda a comunidade; e, a cooperação e a ajuda internacional aos países em desenvolvimento ou em crise.

Posteriormente, estudaram-se os efeitos da utilização do patrimônio cultural para o desenvolvimento humano, percebendo-se que pode haver *o desenvolvimento do povo*, traduzido no aumento da educação cultural, da saúde, do bem-estar e do nível demográfico; *o desenvolvimento pelo povo*, constituído pela ampliação do volume e da qualidade do emprego e pela sua participação democrática nas decisões políticas da comunidade; e *o desenvolvimento para o povo*, refletido no incremento da renda e na diminuição das desigualdades econômico-sociais, com fundamento nas doutrinas de Varine, Vernières e Greffe.

Com esses fundamentos, constatou-se que os benefícios diretos e indiretos (externalidades positivas) advindos da economia do patrimônio cultural ultrapassam o mero turismo cultural e os meros efeitos econômicos, pois atingem também aspectos sociais, culturais, ambientais e democráticos, melhorando a qualidade de vida, a saúde, a educação,

---

<sup>101</sup> L. M. DE SOUSA, *O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em região com excepcional patrimônio cultural*, in F. Piovesan, I. V. Prado Soares, (coord.), *Direito ao desenvolvimento*, Belo Horizonte, 2010. p. 311-336.

o emprego, a atividade econômica, o meio-ambiente, as relações sociais e comunitárias, e atuando em vários aspectos da vida humana e social.

Contudo, podem surgir consequências negativas ou custos, diretos e indiretos (externalidade negativas), como, por exemplo, um processo de gentrificação, de concentração de renda e o escape de renda para grandes grupos econômicos fora da comunidade ligada ao patrimônio.

Diante disso, argumentou-se que cabe ao Estado, no papel de regulador do mercado, reduzir as consequências negativas e possibilitar a apropriação das consequências positivas, de forma equânime, pelo povo, viabilizando o desenvolvimento pelo uso econômico do patrimônio.

Finalmente, concluiu-se que é de responsabilidade do Estado e do povo buscarem o preenchimento das condições mínimas para o uso econômico sustentável do patrimônio cultural, pois esse patrimônio sem um uso adequado pode ser perdido.



# NATIONAL LAWS ON PRIVATE COLLECTIONS: PROBLEMS AND SOLUTIONS

*Elina N. Moustaira\**

“Why collect, especially when it involves choosing to participate in a criminal market?” si domandano S. Mackenzie e D. Yates nel saggio di cui alla nota 2 del presente contributo. Le ragioni che vengono individuate sono diverse. L'edificazione culturale del pubblico o degli studiosi è una di queste; la speranza di ottenere un capitale culturale è un'altra e anche l'autorealizzazione e il servizio pubblico sono spesso offerti come spiegazioni.

I collezionisti privati usano spesso termini come "innamorarsi" delle opere d'arte che [vogliono] acquisire. Eppure, in diversi Paesi, negli ultimi anni i collezionisti privati fanno interventi sempre maggiori in favore del pubblico, sicché in tutto ciò l'elemento razionale sembra essere il centro dell'attenzione, a discapito della passione. Collezionare sembra ormai un progetto intellettuale.

*“Why collect, especially when it involves choosing to participate in a criminal market?”, it is asked. Various reasons are put forth. Cultural edification of the public or scholars is one of them. Hoping to gain a cultural capital is another one. Self-realization and public service are often offered as explanations.*

*Private collectors often use terms such as “falling in love” with the artworks they [want to] acquire. In recent years, private collectors in several countries make public interventions, appearing thus as giving more weight to the rational element, that is, the focus of attention is not anymore the concept of passion, but an intellectual project.*

---

\* Professor of Comparative Law, National and Kapodistrian University of Athens.

## 1 THE OPACITY OF THE ART COLLECTING ACTIVITY

A usual complaint in many countries is the opacity of the whole “system of art” and especially of the creation and enrichment of private collections. A recent Spanish study confirms that. It is noted that “Taken into account of the private character of the individual collections, it is not possible to offer global statistics on the amount of the artworks acquired by Spanish buyers, or to offer some general characteristics”<sup>1</sup>.

This opacity – not only in Spain – was the reason for which *Jean Baudrillard* published an article in *Libération*, with the title «Le complot de l’art». He expressed his dislike to the actual conception of culture, speaking about the art system as a perfectly organized net, almost invincible, in which whoever enters with the aim to attack it, in the end is converted to a part of it. According to him, in this system, the art has no vital function, has lost the transcendence, the culmination of a phase of a total visualization that has reached the Occident. In this conspiracy, everybody is victim and accomplice at the same time.

In Spain, the number of the private collectors is rather small. Even smaller is the number of the collectors who speak about their collections. According to a recent study, private collecting in Spain has to walk a long road before being considered as a socially and culturally established practice, politically protected and stimulated by an adequate legislation<sup>2</sup>.

## 2 ART GALLERIES – CONTEMPORARY ART

Art Galleries are among the most powerful players/factors in the field of contemporary art collecting. All artists, especially those who have a high international market value exhibit their new works in art galleries, before any exhibition in artforums or museums (if they have that chance), in order to occupy for a certain time a central place of the artworld. New artists know that exhibitions in an art gallery may help them live from their own art. Still, the relationship between artists and galleries is not an easy one.

Internet has helped collectors have a direct access, in real time, to works of art that are offered for sale. This has also augmented the competition of new, very rich, collectors.

Issues of unfair competition, or misleading advertising, privacy, bank datas, e-commerce often arise in cases of promotion of artworks in web.

Galleries with an international activity create “Back-Offices”. Contacting rich collectors all over the world is a priority for them, every workday. Related to that is the fact that many galleries open subsidiaries in other countries or big spaces near international airports. This is a real centrifugal power in the landscape of galleries<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> C. MCANDREW, *El mercado español de arte en 2012*, Barcelona, 2012, p. 63.

<sup>2</sup> M.D. JIMÉNEZ-BLANCO, *El coleccionismo de arte en España. Una aproximación desde su historia y su contexto*, Barcelona, pp. 132-133.

<sup>3</sup> R. FLECK, *Das Kunstsystem im 21. Jahrhundert. Museen, Künstler, Sammler, Galerien*, Passagen Verlag, 2013, pp. 63-65.

### 3 ART MARKET

It is estimated (according to the datas of TEFAF of Maastricht) that there are more than 400.000 professionals all over the world, working in art market. That means about 2.000.000 work posts and more posts/activities connected directly or indirectly with the art market.

In the EU, during the first decade of the 21<sup>st</sup> century exports of art have been more than imports. In 2008, Italy became the third biggest market in EU, replacing Germany. Galleries and antiquaries, in this country, in 2008 were 5.775, giving work to about 25.000 persons. There were also about 200 auction houses<sup>4</sup>.

### 4 ART DEALERS – COLLECTORS

One of the latest – or perhaps the latest – lawsuits over valuable artworks that reached London courts is the following: Count Giovanni Volpi di Misurata had entered into a partnership with Old and Modern Masters Ltd, a London-based dealer, in 2014, giving the dealer a 50 percent share in the paintings by 16<sup>th</sup> Century Dutch artist Anthonis Mor and permission to sell them in exchange for 1.5 million euros. Volpi sued the dealer for breach of the partnership agreement over the paintings. The dealer denied any wrongdoing, arguing that concerns over how the family came into possession of the works caused problems for potential buyers.

As the reportage states, “The opaque art world, where the most prized works exchange hands for eye watering amounts of money, throws up multiple court battles across the globe between collectors, dealers and auction houses over fraud, authenticity, and money laundering.”<sup>5</sup>

The most crucial issues here and in other cases are provenance of the artworks and authenticity. Clear chain of ownership is most important.

### 5 AUTHENTICITY OF ARTWORKS

Artworks are often sold “for stratospheric sums”<sup>6</sup>. The buyers – usually collectors – want to be sure about the authenticity of the artworks they buy, since it could not be excluded that these items are fakes or that they have been forged, or misattributed or reattributed.

“Can the principle of caveat emptor (buyer beware) apply to issues of appraisal and authentication in the largely unregulated art market?”, it is asked<sup>7</sup>. This is a question put by a U.S. scholar, regarding U.S. law, but obviously a question about the liability of art experts may concern all national laws.

As it is pointed out, in USA an appraisal is not by itself a warranty of authenticity, under the Uniform Commercial Code. Nevertheless, when one donates [art] property

---

<sup>4</sup> S. SEGNALINI, *Il (cosidetto) diritto dell'arte nella formazione del giurista: ricognizione dell'esistente e proposte possibili*, in G. Ajani, A. Donati, (eds.), *I diritti dell'arte contemporanea*, Torino 2011, p. 191.

<sup>5</sup> J. HODGES, “Mussolini’s Aide, His Son and a Spat Over Dutch Master’s Art”, available at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-06/mussolini-s-aide-a-prince-and-the-fight-over-dutch-master-s-art>

<sup>6</sup> V. WIENER, *Appraising Art in the Stratosphere: The Dynamics of Steve Wynn’s Elbow and Other Valuation Situations*, *Journal of Advanced Appraisal Studies*, 65, 2008, p. 75.

<sup>7</sup> J.B. PROWDA, *Visual Arts and the Law. A Handbook for Professionals*, Lund Humphries in association with Sotheby’s Institute of Art, 2013, p. 203.

and submits an appraisal to the Internal Revenue Service (IRS) for purposes of tax deduction, one must include a statement of authenticity. Therefore, “for tax purposes, such an appraisal is *de facto* a representation of authenticity”<sup>8</sup>.

Although in that country a professional expert, when performing services for a client, “has the duty to have that degree of learning and skill ordinarily possessed by reputable [members of the profession], practicing in the same or a similar locality and under similar circumstances”<sup>9</sup>, appraising personal property – works of art included – in USA is unregulated. That is, the profession is mostly self-regulated.

In the 1980’s, the Appraisal Foundation, a non-profit organization was established and it oversees ever since the publication of the Uniform Standards of Professional Appraisal Practice (USPAP). These Standards are only useful guidelines, they are not legally binding.

There are fundamental differences in burden of proof concepts among EU and non-EU jurisdictions.

Under Swiss civil law, the factual question whether a work of art is an authentic work or not must be proven to a “predominant degree of probability” (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). This degree of probability must be established according to the experiences of life; and the accuracy of this material fact must be proven through objective factors<sup>10</sup>.

## 6 AUCTION HOUSES

Secrecy and anonymity in the art world can be reckless and may be blamed for many scandals in this world and for contributing to Money-Laundering. Art Market is criticized for lacking security and transparency<sup>11</sup>.

A notorious example is that of the Knoedler gallery in New York, 165 years in business. Collectors paid about \$80 million to purchase unknown “masterpieces”, brought to market by a Long Island art dealer. The “masterworks”, allegedly come from a mystery collector, had in fact been created by a forger in his Queens garage.

Concerns about anonymity were intensified last years, when the Panama Papers were released, which gave many details about the use of corporate veils to conceal ownership, avoid taxes and enable crime. Christie’s said, last February, that its policy has been strengthened during the last months, and that it now requires agents who want to sell works through the auction house to tell the name of the owner they represent.

The situation is far from simple. Veils have been and are being used to obscure ownership of arts. Even when big cases become notorious, like that of Rybolovlev v. Bouvier, over matters that include the money from the Sotheby’s sale, secrecy is still being defended. Other cases are also famous/notorious, like that of the seizure of “Hannibal”, an \$8 million painting by Jean-Michel Basquiat brought into the U.S. by Edemar Cid Ferreira, a jailed ex-Brazilian banker who converted some of his laundered money into a massive art collection”. At the time he moved the painting into USA, he claimed that it was worth \$100<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 204.

<sup>9</sup> S.M. LEVY, *Liability of the Art Expert for Professional Malpractice*, *Wisconsin Law Review*, 1991, pp. 595-600.

<sup>10</sup> E.N. MOUSTAIRA, *op. cit.*, p. 100.

<sup>11</sup> A.L. BUNDLE, *The Sale of Misattributed Artworks and Antiques at Auction*, London, 2016, p. 336.

<sup>12</sup> S. RUBENFELD, *Art World’s Response to Money-Laundering Concerns Draws Critics*, *The Wall Street Journal*, Feb. 27, 2017.

So far, efforts to reduce anonymity in art sales have had no result. In 2012, a New York appeals court ruled that auction houses had the obligation to let buyers know the identity of sellers. But the decision was overturned on appeal<sup>13</sup>.

As far as art authentication is concerned, the situation in USA is the following: At the beginning and during the first half of the 20<sup>th</sup> century, auction houses acted as intermediaries between sellers and purchasers and disclaimed all representations and warranties to the works they auctioned. In only a few cases, courts awarded purchasers rescission of contract based on fraud claims.

In 1966, New York enacted legislation on the creation and negation of express warranties in the sale of fine art. In 1968, the legislation limited the application of the warranties to sales by art merchants to non-merchants and further restricted the power to negate such warranties.

In 1973, Sotheby's offered for the first time warranty to clients. In 1977, Christie's did the same. Nowadays, both auction houses extend their limited warranties for 5 years from the date of the relevant auction, while the UCC warranty extends 4 years. These warranties refer only to the work's authorship and not to physical condition or provenance<sup>14</sup>.

People working in the big, international, auction houses argue that they have to deal with multiple problems. In Sotheby's, there is a department exclusively dedicated to legal problems and trying to set procedures and rules that would respond to the rules of each country as well as to the rules of the international treaties. These procedures and rules refer to the contracts of intermediation, to the certification of artworks, to the percentage due to the artists, on the transactions of their artworks, to the possibility of certain States to acquire or "notify" artworks considered as significant national cultural heritage, etc.

Sotheby's has 40 offices all over the world and 8 *selling locations*: London, New York, Paris, Amsterdam, Hong Kong, Milan, Geneva, Zurich. People working in Sotheby's believe that clear and uniform rules for each of these instances, would be necessary in order to assure the absolute respect of the laws and to guarantee the maxima transparency of the whole operation<sup>15</sup>.

## 7 DONATIONS - TAX EVASION

Private museums in USA, "a part of American culture", have proliferated in the last decade. Many are those who claim that the US tax system, as far as art is concerned, "is rigged toward the wealthy".

U.S. network of museums relies on a tax code that encourages rich collectors to share their art. The Association of Art Museum Directors estimates that more than 90% of art collections held in public trust by American museums were donated by private individuals. Collectors (usually wealthy ones) save millions of dollars in federal taxes by donating art and money to museums and art foundations. The difference between them and the private museums is that the founders of the latter "can deduct the full market value of any art, cash and stocks they donate"; that is, private museums are tax-

---

<sup>13</sup> G. BOWLEY, W.K. RASHBAUM, "Has the Art Market Become an Unwitting Partner in Crime?", The New York Times, Feb. 19, 2017.

<sup>14</sup> J.B. PROWDA, *op. cit.*, p. 208.

<sup>15</sup> C. DWEK, *Norme necessarie e norme inefficienti nella pratica di una casa d'aste internazionale*, in G. Ajani, A. Donati, (eds.), *op. cit.*, p. 109.



exempt and many are those that say there should be a clear public benefit, and it should not be entirely at the discretion of the person running the museum or foundation”<sup>16</sup>.

Let it be mentioned here, that in order for a donation to a museum in USA to qualify for a tax deduction, it must satisfy 3 general requirements: it must be to a qualifying institution (e.g. a non-profit museum), it must be of qualifying property and it must display proper intent and not be made in exchange for goods and services. Donor may deduct the fair market value of the donations; unfortunately, in case of offered antiquities, their value assessment is inherently subjective and often the donors “manipulate the assessed value in the worst”<sup>17</sup>.

In Italy too, there is a difference in donations’ tax deduction, between private persons and business entities. Private persons who want to make a donation in favor of public entities, foundations, non-profit associations which are active in the artistic or cultural sector, may have a tax deduction of 19%. On the contrary, business entities may deduct from their income the full amount of their contributions to the artistic-cultural sector.

To this disparity of tax treatment is owed the fact that in Italy business entities make many more such donations than private persons (the law 142/21.11.2000 has a difficult formulation and for this reason not all commercialists know about that possibility).

In December 2009 were presented the results of a research on a sample of 1000 persons of ages between 25 and 64, that Civita Association in collaboration with the Ministero per i Beni e le Attività Culturali had made. It seems that the motivations to donate in favor of art and culture move beyond the simple fiscal benefit. The persons that participated in that research had declared that a major motive for them would be the transparency of administration of the funds that are/would be collected from the donations. They wanted to be certain that their donations would be really destined to the cultural entity that they would have chosen.

A proposal by the Ministero per i Beni e le Attività Culturali, for a registry for the “istituzioni ammesse a ricevere contributi e liberalità”, for the entry in which, the cultural institutions should guarantee particularly high standards of transparency and correctness in the administration of the funds collected, would perhaps be a positive step<sup>18</sup>.

## 8 IMMUNITY OF COLLECTIONS FROM SUIT OR SEIZURE<sup>19</sup>

Loan of cultural objects to institutions in other states sometimes causes fear to the prospective lenders (either states or private persons) that they could be seized by third-party claimants who would take advantage of the change in jurisdiction<sup>20</sup>.

Claims by third parties may arise in 3 cases: 1) a government, a company or an individual may claim to be the owner of a cultural object, file a suit asking to have that ownership recognized, and seek to take possession of the object; 2) a claimant may ask

<sup>16</sup> P. COHEN, “*Writing Off the Warhol Next Door*”, The New York Times, Jan. 10, 2015, citing the comment of Robert Storr, (then) Dean of the Yale School of Art.

<sup>17</sup> D. YATES, *Museums, collectors, and value manipulation: tax fraud through donation of antiquities*, Journal of Financial Crime, 2016, pp. 173-180.

<sup>18</sup> P. SANDRETTO RE REBAUDENGO, *Il diritto dell’arte a esistere nel diritto*, in G. Ajani, A. Donati (eds.), *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>19</sup> E. N. MOUSTAIRA, *op. cit.*, pp. 117-119.

<sup>20</sup> See N. PALMER, *Adrift on a Sea of Troubles: Cross-Border Art Loans and the Specter of Ulterior Title*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, v. 38, 2005, p. 947: “Public exhibition exposes cultural objects to widespread scrutiny, alerting potential claimants”.

for the seizure of a cultural object – treated as an asset – in order to enforce a judgment issued against the owner; 3) the cultural object may be seized as part of a criminal investigation<sup>21</sup>.

Immunity from seizure or suit statutes' aim is to prevent either the seizure of borrowed cultural objects that might have been ordered by a court or other legally imposed restraint on their physical movement or a suit against them.

Concerns about seizure of borrowed cultural objects first arose in the early 1960s when U.S. museums thought about borrowing artworks from the Soviet Union. Soviet Union, worried that claims might be made against these artworks (that had been nationalized after the 1917 revolution) while being in USA, asked for some guarantee that they would be given back to Russia after the agreed time.

In 1965, the [Federal] *Immunity from Seizure Act* (22 U.S.C. sec. 2459) was adopted. It was followed by legislation in four states: New York (*Arts and Cultural Affairs Law*, sec. 12.03), Rhode Island (*General Laws*, sec. 5-62), Texas (*Civil Practice and Remedies Code*, sec. 3-61), and Tennessee (*Tennessee Code*, sec. 28-3-115).

In the following years, more countries adopted such laws<sup>22</sup>. In Canada, five provinces have enacted immunity from seizure laws: Manitoba (*Foreign Cultural Objects Immunity from Seizure Act*, C.C.S.M. 1987, c. F-140), Québec (*Code of Civil Procedure* R.S.Q. 1976, c. C-25), Ontario (*Foreign Cultural Objects Immunity from Seizure Act*, R.S.O. 1990, c. F.-23), British Columbia (*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253), and Alberta (*Foreign Cultural Property Immunity Act*, R.S.A. 2000, c. F-17).

France enacted such a law in 1994, Germany in 1998 (*Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung*, BGB1. I 1955, 501, as amended by *Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften*, 26.5.1998), Belgium in 2002, Austria in 2003, Switzerland and Lichtenstein in 2005, Israel and United Kingdom in 2007, Finland, Czech Republic, and Japan in 2011, Hungary in 2012, and Australia in 2013 (*Protection of Cultural Objects on Loan Act*).

In some of these countries, the relevant legislation provides broad protection to cultural objects lent by foreign countries. This is the case for example of USA and of United Kingdom. It is pointed out though, that it will be the courts that will determine how far this protection reaches<sup>23</sup>.

The Australian Act, borrowing the scheme followed by U.K. respective legislation<sup>24</sup>, establishes institutional immunity, that is, immunity arises only when cultural objects are imported in the country under an agreement between a lender and a borrowing institution that has been approved by the minister. In many other countries, as it is mentioned, such as Canada, France, Germany and Israel, in order that immunity is granted, a specific request has to be filed which will specify the objects for which immunity is being asked.

---

<sup>21</sup> C. FORREST, *Immunity from Seizure and Suit in Australia: The Protection of Cultural Objects on Loan Act 2013*, *International Journal of Cultural Property*, v. 21, 2014, p. 144 ; D. GETZ, *The History of Canadian Immunity from Seizure Legislation*, *International Journal of Cultural Property*, v. 18, 2011, p.201.

<sup>22</sup> All these details about legislations are taken from the articles of C. FORREST, op. cit.; D. GETZ, op. cit.

<sup>23</sup> L.M. KAYE, *Art Loans and Immunity from Seizure in the United States and the United Kingdom*, *International Journal of Cultural Property*, v. 17, 2010, pp. 335-354.

<sup>24</sup> A. O'CONNELL, *The United Kingdom's Immunity from Seizure Legislation*, *Modern Law Review*, v. 72, 2009, p. 783.

Comments on this recent Australian law, point out that “it remains to be seen whether this statute with such a wide immunity will function as intended”<sup>25</sup>.

Cultural Heritage Law Committee of the International Law Association completed in 2014 a Draft Convention on Immunity from Suit and Seizure for Cultural Objects Temporarily Abroad for Cultural, Educational or Scientific Purposes. This Draft Convention is intended for eventual adoption by an international or regional organization and ratification of it by states<sup>26</sup>.

## 9 ARTISTS’ RIGHTS

It is argued that if we want to reconstitute to Art a public role, it is necessary to put the artist in the center of the so-called System of Art and recognize his/her professional dignity<sup>27</sup>.

Artists’ rights are the so-called moral rights.

Scholars in USA often refer to a divide between author-oriented civil law countries and user-oriented common law countries<sup>28</sup>. This divide has been historically marked by the presence or absence of moral rights in copyright law<sup>29</sup>.

In 1990, the U.S. Copyright Act was amended and only visual artists were named possessors of “moral rights”. According to the Visual Artists Rights Act of 1990, visual artists enjoy the same protection as authors. Numerous articles were written on this law<sup>30</sup>. Several scholars considered this novelty as at least strange, since copyright was always concerning texts<sup>31</sup>.

The term “moral right” was adopted as the direct translation of the French term “*droit moral*”, which was established in the 19<sup>th</sup> century. Still, there are voices pointing out that the so-called moral rights<sup>32</sup> could follow the German term “*Urheberpersönlichkeitsrecht*” and be called or rather described as authorial rights of personality<sup>33</sup>.

In numerous countries moral rights have been guaranteed since many years, following mainly the French conceptual paradigm, not being identical the legal regulations of all the civil law countries though<sup>34</sup>.

Under French law there are 4 moral rights<sup>35</sup>, the following:

<sup>25</sup> C. FORREST, *op. cit.*, p.163.

<sup>26</sup> See Summary of ILA’s 76<sup>th</sup> Conference – Washington 2014, April 12, 2014, p. 13.

<sup>27</sup> A. DETHERIDGE, *Quali diritti per l’arte contemporanea?*, in G. Ajani, A. Donati, (eds.), *op. cit.*, p.25, p.29.

<sup>28</sup> E. N. MOUSTAIRA, *op. cit.*, pp. 22-24.

<sup>29</sup> S. G. BONNEAU, *Honor and Destruction: The Conflicted Object in Moral Rights Law*, *St. John’s Law Review*, v. 87, 2013, p.47.

<sup>30</sup> S.P. LIEMER, *How We Lost Our Moral Rights and the Door Closed on Non-Economic Values in Copyright*, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 5, 2005.

<sup>31</sup> R. TUSHNET, *Worth a Thousand Words: The Images of Copyright*, *Harvard Law Review*, v. 125, 2012, p. 683.

<sup>32</sup> The artists’ creative minds and souls as embodied in their works, see J.R. APPLEBAUM, *The Visual Artists Rights Act of 1990: An Analysis Based on the French Droit Moral*, *American Journal of International Law & Policy*, v. 8, 1992, p. 183.

<sup>33</sup> S.R. MUNZER, K. RAUSTIALA, *The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 37, 2009, p. 68.

<sup>34</sup> G. DWORKIN, *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries*, *Columbia-VLA Journal of Law & Arts*, v. 19, 1995, p. 229.

<sup>35</sup> J.B. PROWDA, *op. cit.*, p. 102-105.

1) The Right of Disclosure (*Droit de divulgation*), *Code de la propriété intellectuelle*, article L. 212-2.

2) The Right to Withdraw from Publication or to Make Modifications (*Droit de retrait ou de repentir*), *Code de la propriété intellectuelle*, article L. 121-4.

3) The Right of Attribution (*Droit à la paternité*), *Code de la propriété intellectuelle*, article L. 121-1.

4) The Right of Integrity (*Droit ou respect de l'oeuvre*), *Code de la propriété intellectuelle*, article L. 121-1.

According to most U.S. scholars, moral rights are divided into 3 categories: the right of integrity, the right of attribution, and the right of disclosure<sup>36</sup>. Other scholars divide them further, either into 5 categories (attribution, integrity, disclosure, withdrawal, and resale royalties)<sup>37</sup> or into four categories (rights of publication, paternity, integrity, and withdrawal)<sup>38</sup>.

Let me mention here the “Artworks’ Transfer Agreement”, first of its kind, published in 1971 by New York art dealer (especially conceptual art) and curator Seth Siegelau and lawyer Robert Projansky. Aim of this agreement was to formally define and protect artists’ rights at the sale of their works. It was translated into French, German, Italian and Dutch and became an internationally standard artist agreement – still is.

## 10 COLLECTING ARCHAEOLOGICAL MATERIAL

It has often and repeatedly been stated that there is a causal relationship between the demand for archaeological material and the excavation, both legal and illegal, of the archaeological sites.

An exhaustive registry of all heritage objects in a country could be an efficient enough preventive measure, effective enactment of it though is not an easy thing to do.

As it is pointed out, it is the regulation of the demand side of the market that should be focused on. The fact that cultural objects at some parts of the world, which have been on public display for hundreds of years, have become target of major theft during the last decades (example, the cultural objects within Bolivian churches) is an evidence of a clear connection between global demand and local theft. “Theoretically, a disruption of the demand for objects will eventually trickle down to the supply and the motivation to rob” these objects will be lost<sup>39</sup>.

Collectors should refuse to buy antiquities for the provenance of which they would not have enough or any information. If they did that, the illicit trade in antiquities would be diminished<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> R. R. KWALL, *Preserving Personality and Reputational Interests of Constructed Personas Through Moral Rights: A Blueprint for the Twenty-First Century*, University of Illinois Law Review, 2001, p. 151.

<sup>37</sup> S.P. LIEMER, *Understanding Artists’ Moral Rights: A Primer*, Boston University Public Interest Law Journal, v. 7, 1998, p. 41.

<sup>38</sup> J.M. DINE, *Authors’ Moral Rights in Non-European Nations: International Agreements, Economics, Mannu Bhandari, and the Dead Sea Scrolls*, Michigan Journal of International Law, v. 16, 1995, p. 545.

<sup>39</sup> D. YATES, *Church Theft, Insecurity, and Community Justice: The Reality of Source-End Regulation of the Market for Illicit Bolivian Cultural Objects*, *European Journal of Criminal Policy*, 2014, pp. 445-456.

<sup>40</sup> M. KERSEL, *The lure of the artefact? The effects of acquiring eastern Mediterranean material culture*, in A.B. Knapp, P. Van Dommelen, (eds), *The Cambridge Prehistory of the Bronze and Iron Age Mediterranean*, Cambridge, 2015, pp. 367-375.

Internet market in antiquities of unknown provenance is unfortunately flourishing, either because customers/buyers are ignorant or because they are indifferent. As it is pointed out, “the experience of eBay U.S.A. shows that in the absence of effective oversight self-regulation is likely to fail, and concerned public or professional bodies need to step forward and respond to the challenge”. eBay should be monitored regularly, non-domestic antiquities should be accompanied by an image of valid export documentation, otherwise be removed from the market, and criminals should be convicted<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> N. BRODIE, *The Internet Market in Antiquities*, in F. Desmarais, (ed.), *Countering Illicit Traffic in Cultural Goods: The Global Challenge of Protecting the World’s Heritage*, Paris, 2015, p.11-18.



# SERVE O PADRONE? UNA RIFLESSIONE SUL RUOLO DELLE NUOVE TECNOLOGIE NEL MERCATO DELL'ARTE

*Geo Magri\**

L'articolo analizza l'impatto delle nuove tecnologie sul mercato dell'arte, evidenziando come esse possano contribuire al superamento di molte criticità che caratterizzano il settore. In particolare il lavoro si concentra sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale al fine dell'attribuzione o della verifica dell'autenticità dell'opera; sull'utilizzo delle piattaforme digitali per rendere più globale e diffuso il mercato delle case d'asta e, infine, sulla blockchain che può contribuire a garantire una maggiore sicurezza del mercato dell'arte.

*The paper explores the impact of new technologies on the art market, highlighting how they can contribute to overcoming many critical issues that are characteristic of the sector. In particular, the article focuses on the use of artificial intelligence in order to attribute or verify the authenticity of an artwork; on the use of digital platforms to make the auction houses' market more global and widespread; and, finally, on the blockchain that can help to ensure better security in the art market.*

---

\* RtdB in Diritto Privato nell'Università dell'Insubria.

## 1 UN MERCATO TRADIZIONALMENTE CONSERVATORE

In una fase di generale contrazione dei mercati, attraversati da una crisi economica globale, il mercato dell'arte continua a far registrare *trend* positivi. Certo, non tutti i suoi comparti fanno registrare gli stessi segnali entusiasmanti: ci sono settori che crescono più e meglio di altri, ma, in linea di massima, i dati dimostrano che il mercato dell'arte continua a essere uno dei settori nei quali la crisi finanziaria globale è avvertita con minore intensità<sup>1</sup>.

Il mercato dell'arte opera, da secoli, con le stesse modalità e ciò giustifica una tradizionale ritrosia degli operatori nei confronti del cambiamento. Almeno dall'Ottocento i protagonisti del mercato dell'arte sono i galleristi, gli antiquari, le case d'asta e, da sempre, ogni transazione nel settore artistico presuppone e non può prescindere dalla possibilità di ispezionare e studiare il bene prima dell'acquisto. Chi acquista un'opera d'arte, del resto, anche se è mosso da intenti speculatori, è indubbiamente interessato anche ad appagare il proprio gusto estetico, divenendo proprietario di un bene esclusivo, che potrà essere esposto e suscitare l'ammirazione e la considerazione in chi lo guarda. Da sempre, del resto, le opere d'arte sono considerate anche un'attestazione del prestigio e dell'affermazione sociale di chi le possiede.

Se il mercato dell'arte non potesse davvero prescindere dal rapporto fisico con il bene e dalla possibilità di prenderne diretta visione, si potrebbe ipotizzare che, relativamente a tale mercato, non vi siano spazi per le nuove tecnologie e per il digitale, posto che queste forme di comunicazione possono offrire unicamente esperienze che rimangono confinate nel virtuale ed escludono il sensoriale. L'opinione è condivisa da molti operatori del settore, i quali ritengono che, nel mercato dell'arte, non vi siano spazi per le nuove tecnologie e che il mercato, per sua natura, sia destinato ad attraversare, senza stravolgimenti, la rivoluzione digitale.

A fronte di quest'opinione, però, i dati sembrano dipingere una realtà diversa: da anni le case d'asta offrono ai loro clienti la possibilità di assistere *online* alle loro aste sia attraverso piattaforme *ad hoc* sia in maniera diretta sul proprio sito. Non solo è possibile partecipare alle aste anche virtualmente, ma, da qualche tempo, complici le restrizioni legate alla pandemia, si stanno organizzando eventi che prevedono soltanto la partecipazione virtuale.

Il digitale non agevola unicamente la conclusione di transazioni, ma permette anche di pubblicizzare eventi rilevanti per il mercato dell'arte e, grazie all'algoritmo, la pubblicità è in grado di arrivare ai possibili interessati in modo molto più preciso e mirato di quanto non avvenisse in precedenza.

Come tutti i cambiamenti, anche il possibile ricorso alle nuove tecnologie nel mercato dell'arte ha suscitato entusiasmo, indifferenza e qualche perplessità, almeno sino all'esplosione della pandemia legata al Covid; il *lockdown* globale ha costretto tutti i canali tradizionali del mercato a chiudere, impedendo ogni forma di contatto fisico ed escludendo in modo categorico e prolungato la possibilità di fare ricorso alle tradizionali forme di contatto tra i mercanti d'arte e i loro clienti. In un clima di chiusura forzata, l'unica alternativa alla totale inattività era iniziare un'attività virtuale e proprio questa è stata la scelta di molti professionisti del settore, i quali hanno cominciato a rivolgersi ai

---

<sup>1</sup> I dati sui trend positivi del mercato dell'arte possono essere consultati nel Report annuale del TEFAF all'indirizzo <https://www.tefaf.com/initiatives/art-market-reports>.



loro clienti grazie alla rete internet, organizzando eventi speciali ai quali era possibile partecipare solo virtualmente<sup>2</sup>.

Se dovessimo pensare alle modalità con le quali le nuove tecnologie possono interagire con il mercato dell'arte mi sembra che la nostra attenzione dovrebbe concentrarsi su intelligenza artificiale, piattaforme digitali e *blockchain*. Nelle pagine che seguono cercheremo di descrivere le singole forme di interazione tra mercato dell'arte e nuove tecnologie, evidenziando in quale modo esse potranno impattare sul mercato, rendendolo più efficiente.

Aspetto diverso, ma parimenti meritevole dell'attenzione del giurista, è il ruolo che le nuove tecnologie hanno nella creazione delle opere di arte<sup>3</sup>. Il tema è di notevole attualità e le forme attraverso le quali gli artisti hanno cominciato a utilizzare le nuove tecnologie sono numerose; si tratta, tuttavia, di un aspetto che, nell'economia di questa indagine, è destinato a rimanere marginale.

## 2 INTELLIGENZA ARTIFICIALE E MERCATO DELL'ARTE

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale (d'ora innanzi anche IA) nel settore artistico ha assunto una crescente popolarità negli ultimi anni. L'interesse dei giuristi, però, si è concentrato principalmente sui problemi collegati all'utilizzo dell'IA nella creazione delle opere d'arte, aspetto questo che sottende una domanda più impegnativa: possiamo riconoscere soggettività giuridica all'intelligenza artificiale? Se alla domanda si sceglie di dare risposta positiva, non vi sono ostacoli nel riconoscere che essa potrà anche essere autrice di opere d'arte; al massimo ci si dovrà chiedere se l'opera creata dal computer sia davvero arte. Se, invece, si predilige la risposta negativa, l'autore della creazione effettuata dall'intelligenza artificiale dovrà essere individuato nel programmatore, nel proprietario del meccanismo che consente all'IA di funzionare o nel committente dell'opera.

Il problema non è limitato alle creazioni artistiche dell'IA, ma è ben più ampio e tocca la responsabilità civile, quella penale e, più in generale, il concetto stesso di soggetto di diritto. Si tratta di aspetti che hanno implicazioni filosofiche, oltre che giuridiche, e che in un futuro prossimo si dovrà affrontare in sede legislativa e, auspicabilmente, con soluzioni uniformi su scala globale.

Poiché in questa sede intendiamo occuparci degli effetti dell'IA sul mercato dell'arte, mi pare che si possa tralasciare la questione delle opere create dall'intelligenza artificiale, che è più connessa agli aspetti autoriali e di *copyright*, per esaminare altre forme di utilizzo dell'IA, forse meno conosciute, ma certo non meno importanti per il mercato.

In tempi recenti l'IA è stata ad esempio utilizzata per studiare ed esaminare le opere d'arte, in modo da stabilirne con maggiore certezza l'autenticità. Il riconoscimento e la conseguente eliminazione dal mercato delle opere d'arte false è da sempre uno dei compiti più delicati e complessi che viene richiesto ai professionisti del settore<sup>4</sup>. La

---

<sup>2</sup> Più diffusamente sul tema M. CENINI, C. CHIERCHIA, *Arte e cultura nell'era della pandemia*, in <https://www.dlapiper.com/it/italy/insights/publications/2020/05/arte-e-cultura-nellera-della-pandemia/>

<sup>3</sup> Su questo aspetto si veda N. SIMANAINEN, *Artisti e nuove tecnologie: riflessioni sul nuovo scenario*, in *Economia della Cultura*, 2002, p. 231 ss.

<sup>4</sup> Particolare scalpore suscitò l'asta di *Christie's* del giugno 2006 nella quale sul catalogo era raffigurato un quadro di Max Ernst (*La Horde*, 1927) stimato £2,500,000-3,500,000 e descritto come «one of the finest examples from a small series of strange and powerful paintings by Max Ernst, made with his

procedura per verificare l'autenticità dell'opera può essere lunga e costosa, poiché necessita dell'intervento di tecnici e di analisti, oltre che di storici dell'arte. Tutte queste analisi complesse potrebbero essere semplificate e ridotte drasticamente con l'utilizzo degli algoritmi e dell'IA<sup>5</sup>. Una ricerca della Rutgers University dimostra come algoritmi e *machine learning* possano contribuire a risolvere una delle maggiori problematiche che, da sempre, complica la vita di mercanti e collezionisti. Un tentativo di utilizzare gli algoritmi per individuare opere vere, distinguendole dai falsi, è stato fatto dalla Rutgers University e dall'Atelier olandese per il restauro e la ricerca di dipinti, i quali hanno sviluppato una forma di IA che è in grado di riconoscere la falsità di un'opera confrontando le pennellate utilizzate per comporre un dipinto. I ricercatori della Rutgers University hanno fornito all'IA 300 opere di artisti famosi, permettendole di individuare le caratteristiche delle pennellate e di associarle a ciascun artista. In questo modo essa è stata in grado in grado di classificare le opere e individuare il loro autore con una precisione del 70-90%. Per raggiungere tale risultato, l'IA è stata educata a riconoscere i quadri utilizzando delle reti neurali che non solo hanno imparato a distinguere le caratteristiche di 80.000 tratti di pennello, in modo da riconoscere l'artista che le aveva realizzate, ma i ricercatori hanno insegnato all'algoritmo anche a cercare e individuare i tratti caratterizzanti del pittore all'interno della tela. In questo modo l'IA può incrociare due tecniche ed arrivare a determinare con un grado di sicurezza piuttosto elevato se l'opera può essere frutto del lavoro dell'artista al quale è attribuita oppure no. Per verificare l'affidabilità dell'algoritmo, i ricercatori hanno commissionato ad alcuni artisti la creazione di opere in stile, le quali sono state effettivamente identificate come false dall'IA.

L'utilizzo dell'IA per verificare l'autenticità dell'attribuzione dell'opera può essere utile anche con riguardo all'individuazione degli *sleepers*. Con tale espressione, nel mondo delle aste, si intendono quelle opere, realizzate da un artista di fama, che non vengono riconosciute dalla *casa d'asta* al momento della realizzazione del catalogo, ma che qualcuno, tra il pubblico dei partecipanti all'asta, riconosce<sup>6</sup>. Affinché si possa parlare di un'opera d'arte dormiente occorre che si tratti di un bene venduto in asta e attribuito ufficialmente, dal catalogo pubblicato, ad autore errato o sconosciuto e proposto per un prezzo decisamente inferiore a quello che il bene avrebbe avuto se l'autore fosse stato riconosciuto correttamente<sup>7</sup>.

È evidente che, se la casa d'asta avesse la possibilità di verificare le possibili attribuzioni delle opere attraverso un algoritmo, prima di metterle in vendita, le ipotesi in cui in un'asta potrebbe essere scoperto uno *sleepers* si ridurrebbero drasticamente. Di fronte al responso dell'algoritmo, infatti, essa comincerebbe una serie di analisi per confermare o meno la veridicità dell'attribuzione. Ciò si tradurrebbe, evidentemente, in una mag-

---

then newly discovered gramage technique» e definite da un esperto della *casa d'asta* come «the most important work by Max Ernst to appear at auction in at least a decade». Il problema è che il quadro non era opera di Max Ernst, ma di uno dei più abili falsari in attività: Wolfgang Beltracchi.

<sup>5</sup> Sul funzionamento di tali algoritmi si veda il sito <https://art-recognition.com/how-does-a-computer-learn-the-brushstroke-of-an-artist/>.

<sup>6</sup> Un esempio particolarmente interessante è riportato in M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, p. 429 ss., il quale descrive l'episodio occorso durante un'asta francese, nella quale un piccolo quadro di 25 cm per 30 venne presentato in catalogo come opera di autore anonimo di «scuola del XIX sec.», e stimato circa 100 Euro. Alla fine dell'asta, dopo una lunga serie di rilanci, l'opera fu aggiudicata al prezzo di 350.000 euro, escluse tasse e diritti d'asta. L'immediato entusiasmo dei venditori si trasformò in profonda delusione nel momento in cui si individuò l'identità dell'autore anonimo in Caspar David Friedrich e si stabilì che il dipinto era la «Civetta su un albero» della quale si erano perse le tracce.

<sup>7</sup> Si veda A. L. BUNDLE, *The Sale of Misattributed Artworks and Antiques at Auction*, *Cheltenham*, 2016, p. 7 ss.

giore difficoltà nello scovare l'affare per gli acquirenti, ma renderebbe indubbiamente il mercato dell'arte più sicuro e affidabile per chi è proprietario di un'opera d'arte dormiente e ridurrebbe il contenzioso relativo alle false o errate attribuzioni.

L'utilizzo dell'IA per analizzare le opere d'arte e per verificarne autenticità e paternità sembra essere un valido ausilio per il mercato dell'arte, posto che la corretta attribuzione delle opere è uno degli aspetti centrali e più problematici legati alle transazioni in opere d'arte, specialmente quando le stesse sono state realizzate nel passato e non esiste una documentazione completa con riguardo alla loro provenienza e paternità. Come si è appena osservato, inoltre, una parte significativa del contenzioso legato al mondo dell'arte è indubbiamente derivante dalle questioni legate all'autenticità delle opere commerciate<sup>8</sup>; uno strumento affidabile, che consenta di stabilire in modo sicuro le attribuzioni appare quindi, senza alcun dubbio, auspicabile. In questo settore mi pare si possa agevolmente ipotizzare un'ampia diffusione dell'intelligenza artificiale e una positiva recezione da parte degli operatori del settore.

### 3 PIATTAFORME DIGITALI E MERCATO DELL'ARTE

Nel processo di trasformazione del mercato dell'arte hanno giocato un ruolo di particolare importanza anche le piattaforme digitali. Grazie alle piattaforme si sono avvicinati all'arte anche soggetti che erano restii ad affacciarsi sul mercato tradizionale, magari perché timorosi che le opere fossero offerte solo a prezzi esorbitanti o perché messi in soggezione dall'aurea di esclusività che connota il mondo delle aste e delle gallerie. Le piattaforme hanno conosciuto una crescente popolarità e diffusione soprattutto durante il periodo di *lockdown* legato al Covid, dal momento che le case d'asta non potevano operare se non in modo virtuale e quindi hanno moltiplicato le loro offerte di aste *online*.

La possibilità di acquistare le opere direttamente da casa e in forma più riservata ha evidentemente aperto le porte a molti che, magari dotati di capitali più modesti rispetto ai grandi collezionisti, erano comunque desiderosi di acquistare oggetti di pregio artistico. Il dato è confermato dal fatto che il successo delle piattaforme digitali risulta circoscritto principalmente al settore dei beni di valore medio basso. La ragione dei successi delle piattaforme nelle transazioni del c.d. *middle market* si giustifica anche con il fatto che l'acquisto delle opere più importanti è una forma di investimento che, per la sua rilevanza, non può prescindere da un esame più attento e approfondito dell'opera, esame che richiede, evidentemente, una diretta visione del bene e delle sue caratteristiche e che quindi non può prescindere dal rapporto fisico che la piattaforma non è in grado di garantire.

Se in un primo momento molti degli operatori erano scettici sulla possibilità di vendere oggetti d'arte *online*, la maggioranza di quelli, oggi, sembra essere orientata a incrementare il ricorso a *internet* per aumentare i commerci<sup>9</sup>. Una spinta in tal senso è

<sup>8</sup> Per un'analisi delle problematiche connesse all'autenticità delle opere d'arte si veda D. DI MICCO, M. FRANCA, G. MAGRI, *Circolazione, cessione, riciclaggio. Alcuni profili giuridici dell'arte e del suo mercato*, Torino, 2020, p. 42 ss.

<sup>9</sup> Su questo aspetto si dilunga R. A. J. POWNALL nel *TEFAF Art Market Report 2017*, Maastricht, the Netherlands, 2017 nel quale alle pagine 33 e s. leggiamo che «Sales that occur *online* through platforms and are explicitly included in our auction house and dealer sales. The Hiscox *online* art sales report, prepared by ArtTactic, gives a breakdown of *online* platforms and sales, during 2015, this was reported to be \$3.27 billion, and set to rise given the indication of our dealers in the survey that just over two-thirds of dealers reporting that *online* sales channels will increase in future (both through their own websites and also through 3rd party sales). Sales at Heritage Auction, Auctionata, Christie's *online*, Saatchi Art and

stata indubbiamente favorita, come si è anticipato, anche dalla pandemia e dal *lockdown* che ne è conseguito e che ha reso impossibile il contatto fisico tra commercianti e acquirenti.

Nell'economia della nostra indagine sembra particolarmente interessante soffermarsi sul funzionamento delle piattaforme che consentono di partecipare alle aste e di quelle che permettono di investire denaro in oggetti d'arte.

Le prime agevolano il contatto tra le case d'asta e i collezionisti, le seconde, invece, semplificano e agevolano gli investimenti in arte, riducendo i capitali necessari all'investimento e consentendo una migliore allocazione dei rischi, oltre a una diversificazione delle opere e degli artisti dei quali, però, non si possiede più un'intera opera, ma soltanto una porzione di quella<sup>10</sup>.

Le piattaforme che permettono ai loro utenti di partecipare alle aste prevedono che le case d'asta si registrino sulla piattaforma e che indichino le date delle loro aste, caricando sul sito il relativo catalogo, in modo che i *bidders* interessati possano registrarsi all'asta e chiedere di essere autorizzati a partecipare. Una volta ricevuta la richiesta di registrazione da parte del potenziale offerente sarà la casa d'asta a decidere se ammetterlo oppure no.

I vantaggi offerti dalle piattaforme digitali sono notevoli: innanzitutto è possibile effettuare ricerche utilizzando parole chiave come ad esempio il nome dell'autore dell'opera o il genere al quale essa appartiene (sculture, libri, gioielli, dipinti, ecc.), in modo da poter ottenere una scrematura dei risultati e avere sott'occhio, in pochi secon-

---

Artsy together total less than half a billion in sales, and the revenue generated appears in the total turnover reported by auction houses to artnet, and by dealers in their annual reports, as well as to us in our 2017 annual survey. We refrain from aggregating *online* sales platforms to our world sales figures to avoid double counting. Similarly, sales stated to have taken place via Instagram, and other social media sites which act as a medium for marketing, are incorporated in our dealer sales as they contribute to art dealer and galleries' annual sales figures. What is important to mention is that the internet and social media are changing the way that information is obtained. Empowering buyers and another factor driving sales to the private sector. It is a game changer. Paddle8 filed for bankruptcy to restructure its own business, at a time when the market is also in restructure. Artsy, a platform facilitating sales for galleries and dealers, has also experienced a growth in the total number of known sales of more than 120% year on year for 2016. Half of their traffic comes from people in the U.S., and their representation is predominately in North America and Europe, reflecting the location of the majority of dealers worldwide. All galleries represented on Artsy were surveyed in this year's annual report, as well as all galleries attending one of the world's top 50 art fairs. From those, 37% of over 300 respondents said that 10% of their sales occur through a 3rd party website, and over 50% responded that 10% of sales occur through their own website. However, the fraction of sales, in terms of value sold *online* is much less than the 10% of sales. Since sales occurring *online* are predominately sales at the lower end of the price range. In 2015, as estimated in the Hiscox *online* art sales report, over 75% of fine artworks sold are less than \$5000 in value, and over 25% are less than \$500. For wine and stamps over 70% sold *online* is less than \$500. eBay sells over 800 million items, and a large fraction of art and antiques. We refrain from including sales through eBay directly into the report, and other *online* platforms with sales values below \$500. Once hesitant about the *online* market, the industry appears to have reached a level of acceptance for *online* sales as an important channel for lower-end art and antiques sales».

<sup>10</sup> È noto che l'arte rappresenti uno dei settori nei quali è possibile investire denaro sia con l'intento di ricavare profitti sia con la speranza di mantenere il capitale. Nel primo caso il mercato al quale conviene rivolgersi è quello dell'arte contemporanea, posto che riguarda opere con un valore tendenzialmente basso e destinato a crescere con l'affermarsi dell'artista. In questo caso, evidentemente, il rischio dell'investimento è rappresentato dalla mancata affermazione dell'artista che si è scelto di acquistare. Se, invece, si intende investire una somma di denaro con l'intento di mantenere il capitale, è meglio orientarsi sulle opere dei c.d. *old masters*, le quali hanno sicuramente un costo maggiore, ma, tendenzialmente, mantengono inalterato il loro valore nel corso del tempo. Sugli aspetti di diritto civile dell'investimento in arte si veda A. CHIANALE, *Gli investimenti in opere d'arte - aspetti civilistici*, in Aa. Vv., *Protezione del patrimonio e passaggio generazionale*, Torino 2018, p. 515 ss.

di, tutti i beni appartenenti al genere o all'autore che si è interessati ad acquistare. Inoltre, le piattaforme permettono di rilasciare dei *feedback*, in modo che le case d'asta e gli acquirenti sono in grado di verificare, prima di entrare in contatto, l'affidabilità commerciale della loro controparte. L'offerente, infine, può seguire in tempo reale l'andamento dell'asta comodamente da casa, decidendo, quando la sua offerta viene superata, se e sino a che punto rilanciare.

La piattaforma, dal canto suo, opera come un mediatore che mette in contatto l'utente e la casa d'asta, senza però rivestire un ruolo diretto nella transazione, il che implica che essa non assume alcuna responsabilità con riguardo all'adempimento degli obblighi che le parti si sono assunti, ma si limiterà, al più, a facilitare le comunicazioni tra le parti al fine del corretto adempimento di essi.

Come accennato, secondo la maggioranza degli operatori, le vendite *online* attraverso l'intermediazione delle piattaforme sono destinate a crescere in modo significativo nei prossimi anni<sup>11</sup>. La previsione pare assolutamente giustificata, posto l'aumento di transazioni che si è registrato in meno di un decennio<sup>12</sup>. Sembra ragionevole aspettarsi una diversificazione delle case d'asta che si rivolgeranno alle piattaforme, rispetto a quelle che attiveranno sistemi di aste *online*, attraverso i propri siti web. È ipotizzabile, infatti, che le case più affermate decideranno di optare per la creazione di un proprio canale, evitando di dover ricorrere all'intermediazione delle piattaforme, mentre le case d'asta meno note trarranno un maggior beneficio dal ricorso ad una piattaforma che offre loro la possibilità di accedere a un pubblico più vasto di quello che si rivolgerebbe loro e che possono raggiungere grazie alla notorietà della piattaforma.

Passando alle piattaforme che consentono di gestire il risparmio e investire in arte, si deve ricordare che una delle prime *startup* del settore, *Arthena*, si propone al pubblico come un fondo di investimento in arte, che raccoglie denaro tramite il *crowdfunding* per poi investirlo nell'acquisto di una precisa collezione. Il punto di forza di questa *startup* consiste nel permettere anche a chi dispone di un capitale medio di investire in arte. Per far parte del fondo, infatti, è sufficiente versare una quota di almeno 10.000 dollari che devono restare vincolati per almeno 5 anni. Si tratta di una cifra tendenzialmente più bassa di quella che sarebbe necessaria per investire in opere reali; inoltre la quota del fondo è più facile da cedere e trasferire rispetto all'opera d'arte fisica, della quale, però, evidentemente, l'investitore non può godere direttamente.

Un'altra *startup* nel mondo degli investimenti in arte è *Feral Horses*, una piattaforma di *trading online* dedicata all'arte contemporanea. Gli investitori possono scegliere attraverso la piattaforma le opere sulle quali vogliono investire, acquistando *online* una quota di esse. In questo caso il *budget* del quale si deve disporre è praticamente nullo, sono infatti sufficienti 10 euro per cominciare a investire in opere d'arte.

Le piattaforme presentano anche un ulteriore vantaggio per l'investitore: la società che gestisce le opere può concludere contratti con i quali le cede in prestito a musei o esposizioni, generando un ulteriore profitto, con la possibilità di creare un "dividendo artistico", che va a beneficio di chi ha investito nelle opere che siano state prestate.

Si può ipotizzare che, in futuro, le piattaforme digitali che consentono di investire in arte vedranno un crescente successo; esse, infatti, consentono di risolvere molti dei

<sup>11</sup> Si veda la tabella a p. 52 in R. A. J. POWNALL, *op. cit.*

<sup>12</sup> Come si è già detto l'incremento delle transazioni ha interessato soprattutto il c.d. *middle market*. Cfr. G. MAGRI, *Directive 2014/60/EU, cit.*, p. 196 «The digital art market is also growing rapidly, as the Internet revolutionises the sector. E-commerce in art objects has attained a significant place; *online* sales of art and antiques were estimated to have reached around 6% of all sales in terms of value, with the majority of sales being made in the so-called "middle market" (\$1,000–\$50,000)». Per una descrizione più dettagliata cfr. C. MCANDREW, *op. cit.*

problemi che l'investimento in arte pone tradizionalmente, primo tra tutti quello delle barriere all'entrata rappresentate dai costi elevati delle singole opere. Per creare un piccolo portfolio diversificato, infatti, sono sufficienti poche centinaia di euro ed è anche molto più semplice disfarsi delle quote di un'opera che non interessa più, rispetto a vendere fisicamente un'opera d'arte. Certo è che investire in arte attraverso una piattaforma finisce per anonimizzare e banalizzare l'investimento.

Chi acquista un'opera d'arte ai fini di investire una somma di denaro è mosso sia dall'intento di trarre un profitto o, almeno, di mantenere il proprio capitale, ma anche, e forse prevalentemente, dalla volontà di possedere un oggetto unico, che ha un valore estetico e che, a differenza dei fondi vincolati in una banca, può essere goduto anche fisicamente<sup>13</sup>. Proprio questo aspetto “materico” dell'investimento in arte finisce per scomparire nel momento in cui si investe attraverso una piattaforma; sembra quindi legittimo ritenere che l'investimento in arte non si distingua, all'atto pratico, da un normale investimento finanziario: semplicemente, anziché le azioni o le obbligazioni emesse da una società, chi investe acquista la quota di un'opera, sperando che essa, al pari delle prime, aumenti il suo valore.

La possibilità di acquistare soltanto la quota di un'opera d'arte implica un radicale cambiamento nell'approccio mentale di chi acquista tale tipo di beni. I dati economici che riguardano i fondi d'investimento in arte, tuttavia, sembrano confermare un *trend* positivo per il settore e quindi lasciano presupporre la possibilità di un successo anche per l'arte frazionata. I fondi, infatti, si rilevano piuttosto redditizi, soprattutto quando si acquista arte moderna e contemporanea<sup>14</sup>; il che sembra confermare quanto, in un periodo di crisi e di incertezze economiche, l'arte sia comunque percepita come una forma di investimento che prescinde dal piacere estetico o dalla velleità di possedere un oggetto di pregio.

Secondo alcuni osservatori, la possibilità di frazionare la proprietà delle opere d'arte consentirebbe anche di “democratizzare” il mercato dell'arte, poiché offrirebbe, anche ai piccoli risparmiatori, la possibilità di possedere una percentuale di un'opera che diversamente non potrebbero permettersi<sup>15</sup>. Sul punto pare legittimo esprimere qualche perplessità: chi possiede soltanto una piccola porzione dell'opera, si trova in una posizione decisamente diversa da chi ne possiede il 51% e può decidere se tenerla appesa nel salotto di casa, piuttosto che nello studio o nel *caveau* di una banca. Si tratta, quindi, di una democratizzazione dell'arte che, come si è già osservato, appare, con tutta evidenza, soltanto virtuale e che sembra appagare più il desiderio di un proficuo investimento che quello estetico. Se, quindi, le piattaforme di investimento in arte avranno successo, esso sarà determinato dalla loro redditività, più che dal rapporto che esse consen-

---

<sup>13</sup> Il report di Deloitte *Il mercato dell'arte e dei beni da collezione, Report 2019*, evidenzia a p. 6 che la maggioranza di coloro che acquistano e collezionano opere d'arte lo fanno con attenzione all'investimento. Non solo, il numero di collezionisti che orientano le loro scelte a criteri economici è cresciuto negli ultimi anni.

<sup>14</sup> Sul tema cfr. P. FARINA, *Investire nell'arte: gli “art investment funds”* in <https://farinarte.wordpress.com/2018/05/28/investire-nellarte-gli-art-investment-funds/>; M. A. MARCHESONI, *Investire in arte, un fondo per i tangible asset*, in *Il sole 24 ore* del 3 febbraio 2017 e S. SEGNALINI, *Art fund. Lo stato dell'arte*, in *artribune* del 16 novembre 2016 <https://www.artribune.com/professionisti-e-professionisti/diritto/2016/11/diritto-art-fund-mercato-finanza/>. Di particolare interesse per la ricchezza di dati e informazioni, anche l' *Art & Finance report 2017* di Deloitte, scaricabile all'indirizzo <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/art-finance/articles/art-finance-report.html>.

<sup>15</sup> Cfr. l'articolo di E. ZAVELEV, *Why Blockchain Will Impact The Art Market*, pubblicato su *Forbes* del 25 ottobre 2018 e reperibile *online* sul sito <https://www.forbes.com/sites/elenazavelev/2018/10/25/why-blockchain-will-impact-the-art-market/#69b3645a4973>.

tono di creare con l'opera acquistata e dal desiderio di possesso materiale che connatura le scelte di acquisto dei collezionisti d'arte.

## 4 BLOCKCHAIN E MERCATO DELL'ARTE

Non sono solo le piattaforme digitali ad avere modificato il funzionamento del mercato dell'arte. In tempi recenti anche la tecnologia *blockchain* ha cominciato ad essere utilizzata con l'intento di garantire una maggiore certezza alla circolazione delle opere d'arte<sup>16</sup>. Attraverso la *blockchain*, infatti, è possibile registrare l'esistenza di eventuali diritti dell'autore sull'opera, oppure i passaggi di proprietà di un bene, in modo da renderne più sicura la circolazione. Si tratta di aspetti che, per un mercato globale come quello in esame<sup>17</sup>, rivestono un'importanza centrale e permettono di comprendere il motivo per cui siano stati avviati i primi progetti volti a realizzare delle catene finalizzate a soddisfare le esigenze specifiche di questo settore, superando le criticità che il mercato dell'arte tradizionalmente presenta<sup>18</sup>.

Già negli anni Settanta si era tentato di raggiungere un risultato simile a quello che garantirebbe oggi la *blockchain*. All'epoca, infatti, si era pensato di ricorrere alla re-

<sup>16</sup> Sul tema vd. M. MCCONAGHY, G. MCMULLEN, G. PARRY, T. MCCONAGHY, D. HOLTZMAN, *Visibility and digital art: Blockchain as an ownership layer on the Internet*, in *SC Special Issue: The Future of Money and Further Applications of the Blockchain*, vol. 26, n. 5, sett. 2017, p. 461 ss.

<sup>17</sup> Cfr. F. CODIGNOLA, *The Globalization of the Art Market: A Cross-Cultural Perspective where Local Features meet Global Circuits*, in A. Alcántara-Pilar, S. del Barrio-García, E. Crespo-Almendros, & L. Porcu, a cura di, *Analyzing the Cultural Diversity of Consumers in the Global Marketplace*, Hersey, 2015, p. 82 ss. e R. DE CARIA, *A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies and Smart Contracts: Challenges and Opportunities*, in *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, Vienna, 4-6 July 2017, Volume 4: Papers presented at the Congress*, Vienna, 2017.

<sup>18</sup> Le principali *startup* che hanno avviato dei tentativi di utilizzare la *blockchain* nel mercato dell'arte sono *Artory*, fondata nel 2016 da Nanne Dekking con lo scopo di registrare informazioni sulle opere d'arte provenienti da alcuni partner scelti.

Anche *Codex*, fondata nel 2017 da Mark Lurie e Jess Houlgrave, registra informazioni sulle opere d'arte e su altri beni di alto valore come vini e orologi. *Codex* dispone anche di una propria criptovaluta, *CodexCoin*, che può essere utilizzata per il pagamento dei servizi offerti. *Codex* ha una rete di aziende partner che offrono servizi legati all'arte e che vanno dalla possibilità di acquistare opere d'arte con proprietà frazionata ad assicurazioni sulle opere acquistate a stime, finanziamenti e tecnologie per la «marcatura» delle opere d'arte.

*Look Lateral*, fondata nel 2017 da Niccolò Savoia, permette di registrare su *blockchain* le vendite di opere d'arte e di pagare con criptovalute (gettoni Look).

*Maecenas*, fondata nel 2016 da Marcelo Garcia Casil, Miguel Neumann e Federico Cardoso, offre la possibilità di investimenti in arte per mezzo di proprietà frazionata, acquistabile con gettoni Art, la propria criptovaluta. *Maecenas* ha messo in vendita il 49% dell'opera *14 Small Electric Chairs* di Warhol, come forma di investimento. L'opera appartiene per il restante 51% a Dadiani Syndicate, partner di *Maecenas*.

*Paddle8* è la più antica delle *blockchain* operanti nel mercato dell'arte, fondata nel 2011 da Alexander Gilkes, Aditya Julka e Osman Khan, era quasi scomparsa nel 2017 a seguito della bancarotta della consorella *Auctionata*. Oggi è di proprietà dell'azienda tecnologica *The Native* e offre certificazioni d'arte in *bitcoin*.

*Rare*, fondata da John Zettler, Kevin Trinh e Matthew Russo nel 2017, fraziona arte digitale e la inserisce su *blockchain* proponendosi, in questo modo, di avviare un mercato secondario di arte digitale.

*Verisart* fondata nel 2015 da Robert Norton rilascia certificati di autenticità di opere d'arte.

Le informazioni sulle aziende che si occupano di *startup* e mercato dell'arte sono reperibili nell'articolo *Il Who's Who del mondo Blockchain* di G. ADAM, pubblicato su *Il Giornale dell'Arte* n. 390, ottobre 2018 e reperibile sul sito <https://www.ilgiornaledellarte.com/articoli/articoli/2018/10/129960.html>.

gistrazione analogica delle opere d'arte, mediante il deposito di una fotografia e dei dati che permettevano di ricostruire le transazioni relative all'opera. Il progetto fu proposto dalla Bolaffi di Torino ed era volto a garantire la provenienza e la tracciabilità delle opere vendute. L'idea del registro analogico non si affermò nella prassi del mercato dell'arte e ciò non era difficile da prevedere dal momento che si trattava di un mercato troppo vasto perché si potessero tenere registri efficienti, facilmente consultabili e idonei ad annotare, in modo attendibile, le transazioni riguardanti oggetti d'arte.

L'idea del registro analogico, pur non avendo portato frutti concreti, dimostra come il mercato dell'arte, già da tempo, avanzasse la richiesta di un sistema capace di garantire una maggior sicurezza e affidabilità delle transazioni; proprio a questo scopo si è pensato che la *blockchain* potesse giocare un ruolo di importanza centrale<sup>19</sup>.

Un aspetto considerato particolarmente significativo della tecnologia *blockchain* con riguardo al mercato dell'arte consiste nell'anonimato che la catena offre: la *blockchain*, infatti, non impone all'acquirente e al venditore di rivelare la propria identità; si tratta di un elemento di indubbio interesse poiché spesso i collezionisti non vogliono figurare come acquirenti<sup>20</sup>. Si potrebbe obiettare che l'anonimato offerto dalla *blockchain* può essere funzionale anche per mantenere celate le transazioni illegali o ai limiti della legalità che spesso hanno ad oggetto opere d'arte<sup>21</sup>; a tale proposito, però, si deve constatare che tali transazioni avverrebbero e avvengono comunque nel mercato tradizionale; la *blockchain* potrebbe rivelarsi, semmai, un ausilio nel tracciarle e ricostruirle. Inoltre, se è vero che la *blockchain* consente di mantenere l'anonimato utilizzando uno pseudonimo, il legislatore europeo e quello nazionale stanno adottando provvedimenti volti a ridurre il rischio connesso all'utilizzo delle criptovalute e della *blockchain* a fini illeciti quali il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo<sup>22</sup>.

Con riguardo alla *blockchain* nel mercato dell'arte, una parte degli operatori si aspetta un incremento dell'affidabilità delle transazioni grazie alla cooperazione con le case d'asta che dovrebbero registrare tutte le transazioni delle quali sono state intermediarie. Per rendere maggiormente efficace il sistema e per velocizzare la diffusione della catena, l'idea è quella di coinvolgere anche le piattaforme *online* sulle quali, come abbiamo detto, molte case d'asta hanno cominciato a operare con sistematicità<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Mark Lurie, direttore generale di Codex, una delle prime società attive nella realizzazione di *blockchain* specifiche per il mercato dell'arte ha dichiarato che, attraverso la catena, il collezionista potrà «provare che il suo Jackson Pollock è lo stesso che qualcun altro aveva precedentemente acquistato da una rispettabile *casa d'asta*, anche se da allora l'oggetto è passato di mano parecchie volte». La dichiarazione è riportata da S. P. HANSON, *Blockchain per registrare le opere d'arte come i bitcoin*, in *Il Giornale dell'Arte*, n. 384, marzo 2018

<sup>20</sup> Cfr. TEFAF, *Art Dealer Finance 2018*, p. 8 reperibile all'indirizzo [https://amr.tefaf.com/assets/uploads/TEFAF-Art\\_Market\\_Report.pdf](https://amr.tefaf.com/assets/uploads/TEFAF-Art_Market_Report.pdf), nel quale si rileva che «The final important element of *blockchain* is privacy. Because cryptography verifies the transactions on the *blockchain*, those involved in the transactions do not have to disclose sensitive information like their identities or financial details. The technology eliminates the need for invasive, traditional auditing».

<sup>21</sup> Lo studio *Bitcoin laundering: an analysis of illicit flows into digital currency services* di Y. J. FANUSIE e T. ROBINSON del 12 gennaio 2018 offre dei dati che sembrano relativizzare notevolmente il rischio che le criptovalute siano utilizzate a fini illeciti. Lo studio è pubblicato sul sito [https://cdn2.hubspot.net/hubfs/3883533/downloads/Bitcoin%20Laundering.pdf?\\_\\_hssc=222901956.2.1516239345295&\\_\\_hstc=222901956.d857d189893608b1427aea79da578b1e.1516236965535.1516236965535.1516239345295.2&\\_\\_hstfp=176175848&hsCtaTracking=66a034a3-865d-481a-8e56-f510419fde74%7C840a3208-7448-4fe6-ad03-a3731f462b7d](https://cdn2.hubspot.net/hubfs/3883533/downloads/Bitcoin%20Laundering.pdf?__hssc=222901956.2.1516239345295&__hstc=222901956.d857d189893608b1427aea79da578b1e.1516236965535.1516236965535.1516239345295.2&__hstfp=176175848&hsCtaTracking=66a034a3-865d-481a-8e56-f510419fde74%7C840a3208-7448-4fe6-ad03-a3731f462b7d)

<sup>22</sup> Basti pensare al d. l.vo 25 maggio 2017, n. 90, che attua la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo

<sup>23</sup> Una delle principali piattaforme a essere coinvolta nel progetto è *liveauctioneers.com*.



Uno dei maggiori ostacoli ad un utilizzo efficiente della *blockchain* nel mercato dell'arte è legato al fatto che si tratta di una tecnologia offerta da diversi operatori non interconnessi tra loro; ciò può determinare il rischio che la stessa opera circoli su diverse catene e con informazioni contraddittorie. La criticità alla quale si deve offrire una soluzione, quindi, è come collegare in modo sicuro un oggetto fisico alla sua registrazione sulla *blockchain*. Essendo tecnicamente impossibile la registrazione dell'opera e di una sua riproduzione grafica, posto che si tratterebbe di dati troppo "pesanti" per il sistema della *blockchain*, si è proposto di risolvere il problema attraverso un codice Qr da apporre sull'opera, che consenta di taggarla, fungendo da "passaporto digitale" della stessa. Il problema, però, è che il Qr *code* è facilmente falsificabile, per cui non sembra lo strumento più idoneo a garantire la sicurezza che ci si attende dalla *blockchain*.

Per impedire che sulle catene venissero inseriti dati falsi o non verificati, alcuni operatori hanno provveduto a creare un elenco di specialisti con il compito di verificare la correttezza delle informazioni registrate. Si tratta di una prestazione accessoria rispetto a quelle offerte dalle tradizionali *blockchain*, che si dimostra piuttosto interessante, posto che, in assenza di controlli, chiunque può registrarsi come proprietario di qualunque cosa<sup>24</sup>.

La *blockchain* potrebbe svolgere un ruolo di rilievo anche con riguardo alla garanzia dell'autenticità e della provenienza di un'opera<sup>25</sup>, in particolare se si considerano le opere di artisti viventi, che quindi possono essere registrate immediatamente, non appena immesse sul mercato, consentendo altresì al loro autore di tracciare la catena delle vendite successive alla prima, in modo da poter riscuotere il diritto di seguito<sup>26</sup>. Sotto questo profilo la catena potrebbe finire per rappresentare una sorta di registro mobiliare degli oggetti d'arte, riducendo sensibilmente il rischio di alienazioni a *non domino*.

La catena è comunque suscettibile di utilizzi ben più ampi. In alcuni casi essa consente addirittura di commercializzare opere d'arte digitali<sup>27</sup>. Si pensi, ad esempio, alle opere *CryptoPunk*<sup>28</sup> o ai *CryptoKitties*<sup>29</sup>, che utilizzano la tecnologia *blockchain* per es-

<sup>24</sup> Il problema si è presentato in modo eclatante quando un utente si è registrato come proprietario de «La Gioconda» di Leonardo, ottenendo dalla *blockchain* un certificato che comprovava tale sua qualifica, seppure in modo oppugnabile con riguardo alla legittimazione e alle scansioni temporali delle transazioni che giustificavano il titolo dominicale.

<sup>25</sup> Cfr. TEFAF, *Art Dealer Finance 2018*, cit., p. 8 «Title and authenticity: Based on interviews with lenders, one of the key challenges in the due-diligence process, is to establish clear title (i.e. legal ownership) of the art work as well as its authenticity. A number of cases were mentioned where consigned works had been presented as collateral for loans, as well as instances of fakes and forgeries. These present binary risks to the lender, who could potentially be left with an object with defective title or an object with zero value. New technology based on the blockchain might provide a solution to this decade old problem in the art market».

<sup>26</sup> Sul quale sia consentito rinviare al mio *Alcune riflessioni su diritto di seguito e mercato unico dell'arte contemporanea, alla luce della sentenza Christie's France c. Syndicat national des antiquaires*, in *Aedon*, 2/2015.

<sup>27</sup> Su questo aspetto si veda M. ZEILINGER, *Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain*, in *Philosophy & Technology*, marzo 2018, vol. 31, 1, p. 15 ss.

<sup>28</sup> Si tratta di immagini pixel 24x24 generate da un algoritmo che rende le opere uniche e tra loro non ripetute, sebbene alcune possano essere simili. Si tratta di creazione collezionabili, che vengono commerciate grazie alla *blockchain Ethereum*. La *blockchain* assicura a ogni acquirente di essere l'unico titolare dell'opera acquistata. Per maggiori informazioni <http://thecryptopunks.com/>.

<sup>29</sup> In questo caso si acquista un "gatto digitale" con il quale l'utente può interagire nutrendolo e accudendolo. Anche i gatti digitali vengono acquistati tramite *bitcoin* su una *blockchain*, che assicura a ogni acquirente di essere l'unico titolare dell'animale e di poterne disporre. Sul tema vd. L. LOTTI, *Contemporary art, capitalization and the blockchain: On the autonomy and automation of art's value*, in *Finance and Society*, 2016, 2(2), p. 96 ss. e T. BAZZICHELLI, *Networking Art: The Net as Artwork*, Aarhus: *Digital*

sere trasferite e per assicurare all'acquirente l'effettività dell'acquisto. L'artista Abosch ha creato dieci milioni di opere virtuali sulla *blockchain* di Ethereum e 100 opere d'arte fisiche stampate. Le opere virtuali sono token ERC20 standard, che possono essere condivise oppure suddivise in parti dai loro proprietari. L'esperienza dell'artista consente di apprezzare meglio l'influenza della *blockchain* sull'arte: senza la catena, infatti, si potevano riprodurre e ridistribuire liberamente i *files* digitali, essi, però, erano difficilmente sfruttabili economicamente dall'artista, posto che lo stesso *file*, una volta messo in circolazione dall'autore, poteva essere riprodotto e condiviso infinite volte. La registrazione dell'opera su una *blockchain*, invece, la rende unica, assicurando al suo acquirente quello *ius excludendi alios* che è requisito essenziale perché un bene possa avere un valore economico.

Un altro settore nel quale la *blockchain* può presentare notevoli vantaggi è quello della vendita frazionata di opere d'arte. L'arte, come già si è osservato, rappresenta anche un'importante forma di investimento, tanto che, oltre ai collezionisti, alle fondazioni bancarie, ai musei e ai mercanti d'arte, anche i fondi d'investimento hanno cominciato a guardare ad essa con interesse crescente<sup>30</sup>.

Come già evidenziato, tra le forme d'investimento in arte sta riscuotendo un discreto successo l'idea di ricorrere alla proprietà frazionata di un'opera che consente, anche ai piccoli investitori, di acquistarne soltanto una porzione e di rivenderla quando si necessita di liquidità. In questo settore è recentemente nata una piattaforma di *art-investment* che utilizza una tecnologia *blockchain* denominata *Maecenas*, che raccoglie investimenti nel mercato primario e secondario dell'arte, promuovendo, appunto, l'acquisto frazionato di opere d'arte; queste ultime vengono conservate in un *caveau* al sicuro e il diritto di proprietà su di esse viene suddiviso in frazioni, che possono circolare tramite la *blockchain* in modo che il proprietario possa decidere se conservarle o venderle. Recentemente il sito offriva quote di un'opera di Warhol (*14 Small Electric Chairs*) di proprietà, per il 51%, del *Dadiani Syndicate*, che è anche uno dei partner di *Maecenas*<sup>31</sup>. È facile intuire come questa forma di investimento possa essere allettante, perché consente al proprietario di un'opera di mantenerne la maggior parte delle quote, cedendone altre per ottenere liquidità da destinare a ulteriori investimenti.

Pertanto, mi pare si possa concludere evitando i facili entusiasmi o gli eccessivi pessimismi: la tecnologia *blockchain* rappresenta indubbiamente una risorsa, ma ha anche dei limiti. Il principale è indubbiamente legato all'insicurezza dei dati inseriti: la *blockchain* potrà giovare al mercato dell'arte soltanto se i dati registrati saranno affidabili; un'assoluta certezza, però, pare possibile solo per le opere digitali, che potranno essere registrate direttamente e per le opere analogiche di recente realizzazione, la cui storia può essere ricostruita sino al momento della loro uscita dallo studio dell'artista. Relativamente a tali ultime opere, però, si pone il problema di come registrarle in modo incontestabile. A tal fine, come si è detto, l'idea di usare un *Qr code* non sembra convincere pienamente, vista la facilità con la quale il dispositivo può essere contraffatto, smarrito o danneggiato; sarà quindi necessario uno strumento tecnico più affidabile, in grado di poter essere stabilmente e incontestabilmente collegato all'opera.

La situazione si fa più complessa per le opere antiche. Immaginiamo un dipinto del XVII secolo, attribuito in modo non univoco a un determinato artista: è ovvio che,

---

*Aesthetics Research Center*, Aarhus University 2008.

<sup>30</sup> A. ZORLONI, *L'economia dell'arte contemporanea*, Milano 2016.

<sup>31</sup> Si veda l'articolo del Telegraph *As Warhol's 14 Small Electric Chairs is offered for sale via Blockchain, can cryptocurrency succeed where the auctioneers failed?*, consultabile sul sito <https://www.telegraph.co.uk/luxury/art/warhols-14-small-electric-chairs-offered-sale-via-blockchain/>.

con riguardo ad esso, disporremo solo di dati limitati e spesso confutabili; ciò rende la loro registrazione sulla catena una procedura più aleatoria, in quanto è più probabile che i dati immessi vengano smentiti nel corso del tempo (ad es. perché si scopre che l'opera in passato è stata rubata o che essa non può essere stata realizzata dall'artista alla quale era stata inizialmente attribuita). La possibilità di modificare i dati inseriti non è però una delle caratteristiche principali della *blockchain*: per questo motivo essa potrebbe non essere adatta a registrare le transazioni relative alle opere più antiche.

La differente utilizzabilità e affidabilità dei dati porta quindi a concludere che la tecnologia *blockchain*, se sarà gestita da soggetti affidabili, potrà essere un ausilio per il mercato dell'arte contemporanea<sup>32</sup>, mentre non impatterà in modo significativo su quello delle opere antiche. Con riferimento a queste ultime, infatti, si dovrà gioco forza continuare a confidare nelle informazioni fornite dal venditore (eventualmente risalendo, grazie alla *blockchain*, a qualche transazione precedente) e nella sua professionalità, senza poter avere mai certezze assolute sull'opera che si sta acquistando.

In conclusione, quindi, la *blockchain* non sembra essere la panacea per tutti i problemi del mercato dell'arte; essa potrà risolverne alcuni, ma occorrerà vedere in concreto come verrà gestita e le modalità con le quali verrà assicurata la correttezza dei dati in essa inseriti. Diversamente, il rischio è quello di aggiungere ulteriori problemi su un mercato che, per la sua natura, non sempre appare in grado di assicurare trasparenza e sicurezza agli acquirenti.

#### 4.1. I primi utilizzi della *blockchain* nel mondo delle aste

Le case d'asta si dividono sulla possibilità di usare la tecnologia *blockchain*. *Paddle8* ha introdotto la possibilità di effettuare acquisti con criptovaluta con il progetto *BidCoin* e la casa d'asta torinese *Sant'Agostino* fa uso, già da qualche tempo, della tecnologia *blockchain* e delle criptovalute. Lo stesso ha cominciato a fare il colosso internazionale *Christie's*, mentre *Sotheby's* ha espressamente dichiarato di non essere interessata all'uso delle criptovalute e della tecnologia *blockchain* nelle proprie attività.

Tra gli operatori, quindi, vi sono diverse opinioni e sensibilità rispetto alla criptomoneta e alla *blockchain*, il cui utilizzo, tuttavia, se è ancora limitato, appare in costante crescita, almeno nei proclami di molte case d'asta. I benefici che la tecnologia comporta sono, come si è detto, la possibilità di tracciare e verificare costantemente i passaggi di proprietà dell'opera, nonché la possibilità di utilizzare gli *smart contracts*, ossia i contratti in codice che verificano in automatico l'avverarsi di determinate condizioni e l'esecuzione delle obbligazioni, rendendo più fluida la compravendita e agevolando l'accesso alla clientela internazionale<sup>33</sup>.

L'asta «An American Place. The Barney A. Ebsworth Collection», che si è tenuta a New York da *Christie's* il 13 (asta serale) e il 14 (asta diurna) novembre 2018, è stata una delle prime aste di richiamo internazionale a usufruire della tecnologia *blockchain*. La collezione Ebsworth, del resto, si presentava come un'ottima candidata per l'esperimento, vista la possibilità di ricostruire in modo dettagliato origine e provenienza dei singoli lotti: la collezione, infatti, era una delle principali al mondo con riferimento all'arte contemporanea americana e comprendeva, tra le altre, opere di Willem de Kooning, Jackson Pollock, Jasper Johns ed Edward Hopper. Il progetto pilota è stato avviato

<sup>32</sup> Su questo aspetto si veda, in modo più approfondito, L. LOTTI, *op cit.*, passim.

<sup>33</sup> Sugli *smart contracts* si veda P. CUCCURU, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 111 ss. e D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e Impr.*, 2017, p. 378 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 441 ss. e R. DE CARIA, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2019, p. 731 ss.

in collaborazione con una *startup* specializzata nel mercato dell'arte (*Artory*), la quale ha fornito un certificato criptato digitalmente per ciascuna delle 90 opere battute durante l'asta, offrendo così, ai potenziali acquirenti, un importante *database* di informazioni sui singoli lotti. Una volta conclusa l'asta, *Artory* ha registrato, con riguardo ai singoli lotti, tutte le informazioni pubbliche utili alla loro circolazione, compresi titolo, descrizione, prezzo finale e data nella quale il trasferimento è avvenuto, creando un certificato digitale della transazione che potrà essere consegnato da *Christie's* all'aggiudicatario del bene.

L'utilizzo della tecnologia *blockchain* si colloca in una più generale politica commerciale della *casa d'asta*, la quale mira a divenire uno dei leader mondiali nell'utilizzo delle nuove tecnologie associate al mondo dell'arte. Del resto *Christie's*, già nel 2011, con la vendita della collezione di gioielli di Elizabeth Taylor<sup>34</sup>, è stata una delle prime case d'asta a sperimentare la vendita *online*, avviando un proprio canale dedicato all'*e-commerce*<sup>35</sup>. L'interesse della *casa d'asta* londinese per il digitale è dimostrato anche dall'organizzazione, il 17 luglio 2018, del *summit* «Exploring blockchain», nel quale sono stati discussi i possibili sviluppi che questa tecnologia può avere sul mercato dell'arte<sup>36</sup>.

Come si è visto, tra gli operatori del settore non c'è uniformità di vedute: accanto a chi ritiene la *blockchain* una tecnologia alla quale si deve guardare con interesse, vi sono altri che, invece, non nutrono alcun interesse verso di essa. È ancora troppo presto per poter dire quale dei due orientamenti prevarrà. Pare opportuno, tuttavia, non farsi prendere dall'eccessivo ottimismo e dal fascino per le novità tecnologiche e riflettere sugli aspetti tecnici della *blockchain* e su come essi possano impattare sul mercato dell'arte rendendolo davvero più sicuro e affidabile. È possibile, infatti, che soluzioni tecnologiche meno *à la page* possano offrire vantaggi analoghi e forse superiori. Mi sembra, ad esempio, che le piattaforme digitali, anche senza ricorrere alla *blockchain*, consentano già la creazione di un registro virtuale delle opere d'arte vendute molto simile a quello che proponeva Bolaffi negli anni Settanta del secolo scorso, ma decisamente più facile da aggiornare. Per rendersi conto di ciò è sufficiente consultare i siti delle piattaforme sulle quali è possibile partecipare alle aste e sui quali è possibile controllare e ricercare le opere d'arte che sono state vendute in passato verificando (almeno su alcune piattaforme come *liveauctioneers*) se il lotto è stato aggiudicato e a che prezzo. Forse, implementando questi sistemi, in modo da creare vere e proprie banche dati, si potrebbero raggiungere risultati analoghi a quelli a cui si mira utilizzando la *blockchain*, almeno con riguardo alla sicurezza delle vendite durante le aste.

## 5 VERSO UNA RIVOLUZIONE DIGITALE DEL MERCATO DELL'ARTE?

Il quadro che abbiamo tracciato dimostra come il mercato dell'arte stia vivendo un periodo di trasformazione a causa dell'accesso, dapprima timido, poi sempre più invasivo, delle nuove tecnologie. Ci si deve chiedere se tale trasformazione determinerà una rivoluzione radicale del mercato come lo conosciamo oggi e come ci è stato tramandato

---

<sup>34</sup> Cfr. il comunicato stampa di *Christie's* con riferimento all'asta che ha fatto registrare un'importante serie di primati <https://www.christies.com/elizabethtaylor/saleroom.aspx>

<sup>35</sup> L'interesse di *Christie's* per il digitale applicato all'arte è dimostrato anche dal *summit* «Art+Tech», e dall'asta newyorkese in cui è stata battuta la prima opera creata dall'intelligenza artificiale.

<sup>36</sup> <https://www.christies.com/exhibitions/2018/art-and-tech-summit-exploring-blockchain>.

dalla tradizione o se l'utilizzo di nuove tecnologie impatterà sul funzionamento di un mercato che, nella sua sostanza, non verrà snaturato.

A mio parere il mercato dell'arte sarà sicuramente trasformato dall'utilizzo delle nuove tecnologie, che, come abbiamo visto nelle pagine che precedono, offrono agli operatori indubbi vantaggi e possono incidere su aspetti che, sino ad oggi, rappresentavano i punti più vulnerabili del settore quali, ad esempio, i problemi di attribuzione e di legittima circolazione.

Attraverso l'intelligenza artificiale, ad esempio, sarà possibile confermare l'attribuzione della paternità di un'opera o riconoscere un falso, riducendo il rischio di acquistare un'opera realizzata da un autore diverso da quello che si auspicava. Riuscire ad accertare con maggiore sicurezza la paternità dell'opera non tutela soltanto l'acquirente, ma anche il venditore, il quale, prima di procedere alla vendita, potrà verificare, con l'ausilio dell'algoritmo, oltre che degli strumenti sino ad oggi utilizzati, se il bene che vende sia opera di un artista di fama, piuttosto che della sua scuola o di un imitatore. Si tratta di aspetti di importanza centrale, ai quali il mercato dell'arte, sino ad oggi, ha saputo rispondere in modo spesso clamorosamente inefficiente e che, grazie alla tecnologia, potranno venire affrontati in modo più scientifico, riducendo il rischio di errore umano.

Le piattaforme digitali, invece, consentiranno ai mercanti d'arte di raggiungere un maggior numero di clienti e ai collezionisti di poter partecipare, con maggior facilità, alle aste internazionali, aumentando le possibilità di aggiudicarsi altre opere da aggiungere alla loro collezione. L'incremento delle aste effettuate tramite piattaforme digitali ha un ulteriore vantaggio: quello di raggruppare su un unico sito molti più beni divisi per generi (quadri, sculture, libri, gioielli, ecc.), mentre precedentemente occorreva avere accesso ai cataloghi cartacei, molto più difficili da reperire e molto più laboriosi da consultare. Grazie alle piattaforme digitali e alla ricerca attraverso parole chiave che esse offrono, invece, è possibile vedere e confrontare tutti i beni che, nel mondo, sono proposti in asta, valutando anche i prezzi di stima dei beni e, in taluni casi, anche quelli di aggiudicazione. La possibilità di rapido accesso ai beni in vendita è utile sia per i collezionisti, che possono meglio monitorare l'andamento del mercato, che per le forze dell'ordine, qualora intendano controllare se, tra i beni proposti in asta, siano presenti oggetti di provenienza illecita. La presenza di piattaforme online che consentono di monitorare il mercato globale, rendendolo un mercato *glocal*, potrà anche influire sull'andamento dei prezzi delle aste, posto che il pubblico dei collezionisti potrà ricercare i beni che intende acquistare in tutto il mondo e acquistarli in quei paesi in cui sono venduti a prezzi minori (sempreché ciò non si riveli antieconomico alla luce dei costi aggiuntivi legati alle diverse forme nazionali di tassazione); nel medio lungo periodo tale fenomeno potrebbe determinare un'uniformazione a livello globale dei prezzi, penalizzando chi acquista in paesi più poveri e favorendo chi acquista in quelli più ricchi.

Per quanto riguarda la *blockchain*, infine, seppur con i limiti evidenziati, essa potrà contribuire alla creazione di un mercato dell'arte più sicuro, nel quale sia possibile tracciare i trasferimenti di proprietà e la provenienza delle opere compravendute, evitando che si verifichino problemi di attribuzione, almeno con riferimento a tutte quelle opere che, non appena realizzate, vengono registrate sulla *blockchain*.

La trasformazione del mercato avverrà in modo graduale, ma sarà inevitabile e sarà agevolata anche dall'evoluzione degli operatori, sempre più inclini a fare ricorso, nella loro quotidianità, alle nuove tecnologie. Evidentemente i cambiamenti non riguarderanno tutti gli operatori negli stessi tempi e negli stessi modi: è ovvio che per fare ricorso alle nuove tecnologie occorreranno investimenti costosi e che la possibilità di de-

stinare dei capitali allo sviluppo digitale inciderà sulla scelta di quali tecnologie utilizzare. Non tutti gli operatori saranno immediatamente disponibili ad affrontare investimenti ingenti per digitalizzare la loro attività, soprattutto sino a quando i risultati positivi che si possono ottenere appaiono ancora ipotetici e incerti. È evidente, ad esempio, che una casa d'asta che intendesse utilizzare l'IA per verificare le attribuzioni dei propri esperti si troverà ad affrontare una spesa ingente per acquistare il *software* necessario e che, di fronte alla scelta se spendere denaro per un algoritmo ancora in evoluzione da affiancare agli esperti che comunque dovrà retribuire, potrà decidere di continuare a rivolgersi soltanto a degli esperti persone fisiche. È altrettanto plausibile, però, che un'altra casa d'asta decida in senso contrario e, di fronte ai tanti errori umani di attribuzione, reputi sensato investire del denaro in un *software* che potrebbe “tranquillizzare” i propri clienti sulla correttezza dei responsi degli esperti.

Lo stesso vale per le piattaforme digitali: ci saranno operatori che decideranno di mantenere il loro mercato locale, mentre altri preferiranno renderlo globale, alcuni di essi lo faranno grazie alle piattaforme, altri, invece, con canali diversi che non richiedono l'intermediazione di un terzo.

Se pare indiscutibile che il mercato dell'arte del futuro sarà più tecnologico, ciò non significa che esso verrà snaturato o radicalmente rivoluzionato. Gli operatori continueranno a lavorare con modalità analoghe rispetto a quelle odierne, semplicemente, modificheranno alcuni strumenti che utilizzano per la loro attività. Ad esempio, anziché ricorrere soltanto ad esperti o a laboratori chimici per analizzare l'attribuzione o la genuinità di un'opera, essi si rivolgeranno anche agli algoritmi, oppure, anziché svolgere soltanto nelle proprie sale un'asta, la trasmetteranno anche attraverso la rete, in modo da ampliare il numero di pubblico che può partecipare. Tutto ciò non significa una rivoluzione del mercato, ma semplicemente un'evoluzione del sistema e delle modalità che vengono utilizzate oggi, in modo da rendere il settore più efficiente e sicuro per i suoi fruitori.



# LA PRESERVACIÓN DEL GRAFITI COMO PARTE DEL PATRIMONIO CULTURAL URBANO

*El “Droit au Respect” en el Derecho Comparado*

*Marcílio Toscano Franca Filho\**

Año tras año, el grafiti viene aumentando su prestigio como manifestación artística. En ciertos lugares, se llegó a convertir en atracción turística y objeto de culto. Galerías y museos de renombre consagran espacios cada vez más valorizados a esta manifestación cultural. Con base en el Derecho Comparado, el presente texto busca analizar si hay o no un derecho moral de los grafiteros a la preservación de sus obras.

*Graffiti has increased its prestige as artistic manifestation year after year. In some places, they have even become tourist attraction. Galleries and museums all over the world devote valued spaces to that cultural object. Based on Comparative Law, this text seeks to analyze whether there is a moral right to the preservation of graffiti.*

---

\* Visiting Professor del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino (2017-2020) y Research Fellow del Collegio Carlo Alberto (2017-2019). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraíba y Fiscal del Ministerio Público junto a la Corte de Cuentas del Estado de Paraíba (Brasil). Arbitro del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (Asunción, Paraguay) y de la Corte of Arbitración for Art (CAfA, Rotterdam). Pos-Doctor (European University Institute, Florença, Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow, 2007-2008) y Doctor (Universidad de Coimbra, 2006, beca FCT) en Derecho. Miembro de la International Association of Constitutional Law, de la International Society of PublicLaw y del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Presidente del Consejo Superior de la Rama Brasileira de la International Law Association. Líder del LABIRINT – Laboratorio Internacional de Investigaciones en Transjuridicidad.



## 1. INTRODUCCIÓN

En una materia titulada “El Grafiti de la Discordia” la edición de marzo de 2013 de la revista brasileira *Piauí* trajo a público la historia del artista plástico y profesor Willyams Martins, que, como parte de sus investigaciones para el máster en artes visuales en la Escuela de Bellas Artes de la Universidad Federal de Bahía (Brasil), defendido en mayo de 2006, desarrolló una técnica con resina y género de nylon que, una vez aplicados sobre la superficie de un muro o pared, retiraba todo tipo de textura encontrada en ellos.<sup>1</sup> El proyecto, denominado “Pielas Grafitadas: una Poética del Dislocamiento”, vencedor del Premio Braskem de Cultura y Arte, reubicó y retrabajó grafitis retirados del paisaje ciudadano salvadoreño para el interior de una galería de arte.<sup>2</sup> Esa práctica rindió al artista una gran polémica entre los grafiteros locales, que lo acusaron de usurpar sus trabajos y comercializarlos sin indicar la exacta autoría.

En cuatro casos semejantes, ocurridos entre 2012 y 2014, el famoso y valorizado artista visual británico Banksy también tuvo sus grafitis retirados de las paredes en que fueron originalmente pintados, siendo llevados para galerías de arte o subastas donde serían negociados por grandes sumas. Los objetivos fueron los grafitis “Slave Labour”, “Sperm Alarm”, “Mobile Lovers” y “Art Buff” – imágenes de todos ellos son encontradas fácilmente en internet.

Sin embargo, todas aquellas controversias, tenían poca cosa de nuevo... Ya en la Europa de los siglos XII a XVI, un intenso debate dominó los medios jurídicos medievales. Tradicionalmente conocida como “*tabula picta*”, la polémica se refería, de modo resumido, a la siguiente cuestión: ¿quién es el verdadero propietario de una pintura? ¿Aquél que dibujó las figuras y aplicó sobre ella los colores o, aquél que posee la propiedad del pedazo de madera donde trazos y pigmentos coloridos fueron sobrepuestos?<sup>3</sup> Largos y complejos argumentos fueron desarrollados de las dos partes sin que se estableciese una verdad definitiva. Es un hecho que, como bien recuerda André Malraux, “*un crucifijo románico no era, al inicio, una escultura; la Madona de Cimabue no era, al inicio, un cuadro; ni siquiera la Atena de Fídias era, al inicio, una estatua*”<sup>4</sup>. El arte, por lo tanto, no nació como el objeto estético que hoy conocemos.

<sup>1</sup> Una nota sobre la biografía y el trabajo del artista Willyams Martins puede ser consultada en su sitio personal: <http://martins.art.br/>. La materia de la revista *Piauí* está disponible en <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/grafite-da-discordia/>. Del mismo modo, el artista plástico peruano José Carlos Martinat también usa como materia prima de sus obras – causando gran controversia - grafitis cuidadosamente retirados sin autorización de las paredes y muros del paisaje urbano. Cfr. C.LERMAN, *Protecting Artistic Vandalism: Graffiti and Copyright Law*, N.Y.U Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, v. 2, 2013, pp. 295-338.

<sup>2</sup> Todo el proceso y sus bases conceptuales pueden ser mejor comprendidos en la tesis de máster del artista, disponible en <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9863/1/willyamssantospt1seg.pdf>

<sup>3</sup> M. MADERO, *Tabula Picta. Painting and Writing in Medieval Law*, Philadelphia, 2010, p. 1. El código civil brasileiro proporciona la siguiente solución para estos casos:

*Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.*

*Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.*

*§ 1 o Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima.*

*§ 2 o Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima.*

<sup>4</sup> A. MALRAUX, *O Museu Imaginário*, Lisboa, 2011, p. 9 (traducción nuestra).

Aun así, la polémica de la “*tabula picta*” vuelve a despertar interés con impresionante actualidad cuando se nota que, en el panorama cultural contemporáneo, el grafiti realizado sobre la propiedad ajena gana *status* artístico prestigioso y obras pintadas por gente como Keith Haring, Jean-Michel Basquiat, Banksy, Eduardo Kobra o Los Gemelos (Os Gemeos) alcanzan fácilmente gran valorización cultural, paisajística o monetaria.

La verdad, pintar directamente sobre muros, techos o paredes no tiene nada de nuevo. Efectivamente, desde el final del Paleolítico, entre 40.000 y 10.000 a.C., los hombres ya practicaban el hoy llamado arte rupestre como parte de rituales y trabajos de magia, restringida al interior más profundo y casi inaccesible de las cavernas y sin que hubiese cualquier intuito decorativo o de documentar lo que ocurría<sup>5</sup>. Esa larga historia – siempre repleta de problemas jurídicos y filosóficos de gran repercusión – pasa aún por Egipto, por Pompeya, por los bellos frescos renacentistas, por catedrales medievales<sup>6</sup> y por los muralistas contemporáneos antes de llegar a los grafiteros actuales y a las calles de las grandes ciudades.

Con relación a los mencionados problemas jurídico-filosóficos, recuérdese, solo para ilustrar, el púdico ático que, en 1564, Danielle de la Volterra (*Il Braghettone*) pintó, mandado por el Papa Pio IV, sobre partes consideradas obscenas del “Juicio Final” que Michelangelo había ejecutado en la Capela Sixtina. Existe también el episodio del fresco “Man at the Crossroads” (1933) que Diego Rivera había producido bajo encomienda personal de Nelson Rockefeller para el Rockefeller Centre, en Nova York, y que fue destruido por traer el rostro de Lenin, no sin causar apasionados debates. El diálogo entre Rockefeller y Rivera, poco antes de la destrucción de la obra, es emblemático en la historia del arte:

- “- Sr. Rivera, I must ask you one last time to reconsider your position.
- I will not compromise my vision.
- In that case, this is your fee, paid in full as agreed, but your services are no longer required.
- It’s my painting!
- *On my wall!*”<sup>7</sup>

Controversias semejantes vuelven a ocurrir en la actualidad, cuando “*la ciudad es el escenario del arte público*”<sup>8</sup> y también el gran centro productor y consumidor del derecho. Modalidad de la llamada “street art”, “urbanografía” o “arte urbana”, el grafiti – al lado del estencil, de los adhesivos (o *stickers*), de las *tags* (o etiquetas), de las instalaciones, de las esculturas de calle, de las anamorfosis y de los *happenings* – constituye una manifestación importante de la escena cultural actual, distinguiéndose del mero vandalismo.<sup>9</sup> En esta dirección, el presente texto busca examinar si, de hecho, haya algún derecho subjetivo del grafitero a la integridad y a la preservación de su obra de arte urbana. Se buscará aquí tratar del derecho urbano a la integridad del grafiti a partir de la perspectiva del autor/artista. En otras palabras, no se pretende discutir aquí

<sup>5</sup> F. BAUMGART, *Breve História da Arte*, São Paulo, 1994, pp. 5-6.

<sup>6</sup> Consultar, por todos, el interesante M. CHAMPION, *Medieval Graffiti: The Lost Voices of England’s Churches*, London, 2015.

<sup>7</sup> E. J. SCHRAGE, *The Payer Determines or Does He?*, in B. Demarsin, E. J. Schrage, B. Tilleman, A. Verbeke, (eds.), *Art& Law*, Brugge, 2008, p. 213.

<sup>8</sup> F. P. DA SILVA, *Arte Pública: Diálogo com as Comunidades*, Belo Horizonte, 2005, p. 21.

<sup>9</sup> Un óptimo panorama con todas esas manifestaciones artísticas puede ser visto y leído en J. CATZ, *Talk About Street Art*, Paris, 2014.

los derechos de copia o reproducción, relativos a una pared grafitada, sino solamente en qué medida ella puede o debe ser preservada<sup>10</sup>. Se debe reconocer que el perecimiento y la degradación de obras de arte es un hecho de la vida. Además de algunos verdaderos atentados, obras de arte muchas veces son – por diversas razones – destruidas por los propios autores o por sus cónyuges (hasta inadvertidamente), son destruidas por incendios o mala conservación, son destruidas por otros artistas que se utilizan de obras ajenas para producir las propias y hay aún obras que son deliberadamente concebidas para ser efímeras... ¿Cómo el Derecho puede entender ese fenómeno cuando relacionado al grafiti?

La estructura del presente texto, entonces, transita entre las esferas del arte, del derecho y del urbanismo, teniendo como punto de intersección el derecho al arte. No deja de ser jocoso, por lo tanto, que, en última instancia, la cuestión central del presente artículo se resuma a la indagación: ¿pueden los transgresores grafiteros beneficiarse en alguna medida del retrógrado, cuadrado y conservador aparato jurídico del Estado? Es lo que se verá a partir de ahora.

## 2 ARTE, CIUDAD, GRAFITI Y PARADOJOS

La ciudad es un espacio visual importantísimo para la construcción de nuestras identidades, al final, “*si nueve décimos de nuestra existencia transcurren en la ciudad, la ciudad es la fuente de nueve décimos de las imágenes sedimentadas en diversos niveles de nuestra memoria*”<sup>11</sup>. En ese escenario ciudadano, la comunicación entre exterior e interior es constante. A propósito, Gaston Bachelard apunta que dentro y fuera, interno y externo, interior y exterior, abierto y cerrado son categorías que mantienen una profunda relación dialéctica, constituyendo posibilidades de una geometría infinita<sup>12</sup>. Entre aquellos pares, quedan la puerta y el portón que – como límites fronterizos – tanto aproximan como alejan. En ese cuadro, cabe repetir una vez más que ningún arte es (ni nunca fue) estrictamente privado<sup>13</sup>, ni tampoco ningún arte se hace “público” por el simple hecho de su exposición y acceso al mundo no ser apenas privados.<sup>14</sup> Tanto cuanto los conceptos de espacio público, interés público o esfera pública, la

<sup>10</sup> Los derechos de reproducción ya fueron discutidos en otro lugar. En 2012, por ejemplo, un grupo de grafiteros responsables por los dibujos del pintoresco Callejón del Batman, en la Vila Madalena, en São Paulo, Brasil, pasó a cobrar de quien filmaba o fotografiaba allí para fines económico-financieros. Llegaron a pintar un aviso en la entrada del local: “*Respete los derechos autorales. Prohíbe propaganda en el callejón*”. Efectivamente, el art. 48. de la Ley brasilera n° 9.610/1998 determina que “*las obras situadas permanentemente en espacios públicos pueden ser representadas libremente, por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*”. ¡Pero no para fines comerciales, según la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que percibe una gran diferencia entre “representada” y “reproducida”! He aquí un buen ejemplo sacado de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil: “*La obra de arte colocada en espacio de la ciudad, que integra el patrimonio público, genera derechos morales y materiales para el su autor cuando utilizado indebidamente foto suya para ilustrar producto comercializado por tercero, que ni siquiera posee vinculación con área turística o cultural*” (Superior Tribunal de Justicia, RESP 200701033807, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJE 11/05/2011, traducción nuestra).

<sup>11</sup> G. C. ARGAN, *História da Arte como História da Cidade*, São Paulo, 2014, p. 232. (Traducción nuestra)

<sup>12</sup> G. BACHELARD, *The Poetics of Space*, Boston, 1994, p. 211 y ss.

<sup>13</sup> En ese mismo sentido, Hild Hein pontifica: “*Strictly speaking, en el art is ‘private’. Even those abortive essays consigned to flames in frustration by their authors were, presumably, made for, but withheld from, publication. But neither does art become ‘public’ simply in virtue of its exposure and accessibility to the world*” (H. HEIN, *What is Public Art? Time, Place and Meaning*, The Journal of Aesthetics and Criticism, v. 54, n. 1, 1996, p. 1).

comprensión de lo que sea un “arte público” se complica en la misma proporción en que se multiplican las significaciones de lo que de hecho es verdaderamente lo “público”. Con tales registros, al hablar en grafiti como “arte público”, “arte de calle” o “arte urbana” se reconoce que se está delante de un concepto (ampliamente) polisémico y es necesaria alguna delimitación conceptual.

Se toma el grafiti aquí como el grafismo, el dibujo o la pintura hechos con aerosol de tinta (*spray*) en paredes y muros de una ciudad. Paredes y muros de acceso público, al final ¡un grafiti tiene por principal meta u objetivo ser visto! Tradicionalmente, la práctica del grafiti fue asociada a cualidades como la marginalidad, el anonimato, la espontaneidad, la escenaridad, la velocidad, la precariedad y la fugacidad.<sup>15</sup> Ni siquiera estas siete características, logran abarcar la mayoría de los grafitis encontrados en grandes centros urbanos de hoy, donde muchas veces, gobiernos, particulares y empresas privadas encomiendan paneles a grafiteros famosos o anónimos, que elaboran cuidadosamente sus piezas, para que permanezcan por mucho tiempo. Algunos teóricos y artistas, es verdad, llegan a negar que ese tipo de encomienda represente de hecho un grafiti. Para los efectos del presente artículo, sin embargo, ambas manifestaciones creativas serán consideradas grafitis: tanto aquellas dispuestas, a pedido, en una propiedad privada a la que el público tiene acceso, como aquella pintada sin autorización en el espacio público – desde que ambas respeten el núcleo de la técnica del grafiti: la lata de spray de tinta. Así como una acuarela, un fresco o un bronce deben mucho de su identidad y de su lenguaje a su propia técnica, el grafiti es, esencialmente, “*Spray can Art*” o “*Aerosol Art*” – y es en ese sentido que será tomado aquí.

Como movimiento artístico, el grafiti empezó a ganar fuerza y forma a partir de la década de 1970<sup>16</sup> y luego fue absorbido por el mercado *mainstream* de arte contemporáneo, según bien observa Jérôme Catz:

*“Where there is art, even if it is illegal, there is also a market: this is one emerged in the United States in 1973, with the Razor Gallery in New York, which organized the first exhibition devoted entirely to graffiti art, curated by Hugo Martinez, the founder of one of the first New York crews, the United Graffiti Artists (UGA).”<sup>17</sup>*

No demoró para la cultura contemporánea del grafiti expandirse para otros centros culturales, donde ha sido constantemente aplaudida como expresión artística por teóricos del arte, críticos, curadores, museos, espacios culturales, consumidores de arte y por el público en general. Instituciones de prestigio como el Museo de Arte de San Paulo (Brasil), el Brooklyn Museum, en Nova York, el Amsterdam Museum, en Holanda, el Museo Brasileiro de la Escultura (MuBE), en San Paulo, las Bienales de Venecia y San Paulo y el Tate Modern, en Londres, ya cobijaron muestras específicas sobre el tema. Esa valorización cultural creó un cierto paradojo para el arte del grafiti: originalmente concebido para ser algo anónimo, sorprendente, espontáneo, efímero,

<sup>14</sup> En esa dirección, Milton C. Nahm es enfático: “*When I look upon El Greco's Ecstasy in the Garden; on the fan-vaulting in Christ Church, Oxford, or on Kolbe's Adagio; hear Brahms' First Symphony or read Antigone – then I do not doubt that the experiences evoked are individual and personal nor that they are brought forth by unique and individual artistic skill, perhaps by artists who, as Plato thought, write ‘not by wisdom’ but by ‘la sort of genius and inspiration’*” (M. C. NAHM, *On the Relations of Public Art and Private Art*, *College Art Journal*, v. 6, n. 4, 1947, p. 251).

<sup>15</sup> A. SILVA, *Atmosferas Urbanas. Grafite, Arte Pública, Nichos Estéticos*, São Paulo, 2014, p. 19.

<sup>16</sup> J. CATZ, op. cit., p. 24.

<sup>17</sup> Ivi, p. 26; p. 150 e ss.

marginal y transitorio, el grafiti y sus apreciadores empezaron a reivindicar alguna permanencia, estabilidad temporal y protección jurídico-estatal para aquella expresión artística.

No cabe duda de que el grafiti es una manifestación artística esencialmente urbana. El lugar por excelencia del grafiti es la ciudad, donde él crea paisajes muy peculiares y se enreda con otras manifestaciones culturales como la danza (*break dance*) y la música (*rap*), formando el trípode de lo que se ha llamado de movimiento *hip-hop*. Tanto cuanto el grafiti, el derecho también tiene la capacidad de enredarse con otras manifestaciones culturales (como la música, la gastronomía o la pintura, por ejemplo)<sup>18</sup> y crear paisajes idiosincráticos – aquello que el Prof. Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, de la Universidad de Westminster, en Londres, viene llamando de “*Lawscape*”, o sea, el *topos* ontológico y epistemológico en que *logos* y *polis* se funden. En otras palabras, el derecho condiciona la ciudad y la ciudad condiciona el derecho. Esa relación de mutua influencia (o hasta de simbiosis) es tan profunda y relevante que Philippopoulos-Mihalopoulos llega hasta a reconocer que “*a city without law is a holy city of justice, perpetually floating in a post-conflict space where everything is light and forgiveness. Likewise, a law without a city is a law without materiality, an abstract, universal, immutable law that trammels the globe.*”<sup>19</sup>

Derecho y ciudad mantienen un constante diálogo. Efectivamente, en la ciudad, la presencia del derecho se amplifica y su capacidad constituyente de crear paisajes y geografías se vuelve bastante compleja y muy fuerte:

*In the city, law’s presence is magnified to a deafening extent - so much so that one no longer feels its presence: planning restrictions, environmental regulations, zoning, social control, borders between private, public and restricted access areas, pavements, roads, traffic lights, metro barriers, flow of people, headscarves at schools, hoods in shopping malls, power architecture and landscaping, are just a few of the urban legal moments. In the city, law’s presence is concentrated and overt, in close contact with the production, consumption and disposal processes, intensified due to the physical proximity. The city remains the great testing ground for law, its loudspeaker and its gaming table. And, in turn, the law is the city’s measure, the (in)flexible, (un)reliable metallic ruler that makes its presence felt through inches and centimetres of propinquity and distance, determining identity and difference. Law is the regulator of spaces between places, connecting and severing urban beings, urban objects, urban desires and fears, amongst themselves and with whatever is imagined to be outside the urban.*<sup>20</sup>

En ese panorama, queda evidente, pues, que el derecho puede ejercer papel decisivo en la constitución de las llamadas “ciudades creativas”, aquellas capaces de atraer a las “clases creativas” y, con ellas, hacer florecer nuevas ramas portentosas de la “economía creativa”, produciendo así regeneración urbana, desarrollo económico e inclusión social.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Las relaciones entre el derecho y la música, la gastronomía o la pintura ha sido objeto de reflexiones del autor desde hace bastante tiempo, con la producción de libros, capítulos y artículos de laberíntica transjuridicidad. En homenaje a la concisión, no vale la pena repetir aquí argumentos ya ahondados en otros escritos.

<sup>19</sup> A. PHILIPPOPOULOS-MIHALIPOULOS, *Atmospheres of Law: Senses, Affects, Lawscapes*, Emotion, Space and Society, v. 7, 2013, p. 35-44.

<sup>20</sup> A. PHILIPPOPOULOS-MIHALIPOULOS, (Introduction to the volume), in Id. (Ed.), *Law and the City*, London, 2007, p. 11-12.

### 3 EL DERECHO DEL ARTISTA URBANO A LA INTEGRIDAD DE SU OBRA: “DROIT AU RESPECT”

En abril de 2007, un panel del artista británico Banksy que parodiaba una escena de la película "Pulp Fiction", de Quentin Tarantino, ubicado al lado de la estación de Old Street, en el centro de Londres, fue borrado por funcionarios del metro, bajo el argumento de que aquella pintura confería una atmósfera degradante al local. Al final de septiembre de 2014, en la ciudad inglesa de Clacton-o-Sea, otro grafiti de Banksy, que mostraba un grupo de palomas grises con carteles anti inmigración delante de un pájaro bonito y exótico, también fue borrado, esta vez, por ser considerado racista. Las palomas portaban frases como "vuelva para África" y "migrantes no son bienvenidos". También en el 2014, en junio, un enorme grafiti de 300m<sup>2</sup>, de autoría del importante artista brasileiro Francisco Rodrigues, el "Nunca", en la Av. 23 de Maio, en la región central de San Paulo, ya había sido borrado por funcionarios de la alcaldía municipal. Aquel mural había sido pintado en el 2005 por invitación del SESC (Servicio Social del Comercio) y tenía autorización de la alcaldía en la época. En el año anterior, en el 2013, un grafiti elaborado por la pareja de "Los Gemelos" ("OsGêmeos" son Gustavo y Otávio Pandolfo) en las inmediaciones de la Laguna Rodrigo de Freitas, zona sur de Río de Janeiro, fue borrado por la Compañía Municipal de Limpieza Urbana.

Aquellos episodios de "guerra al grafiti" ("*along and futile war on graffiti*")<sup>22</sup> no son aislados y ni siquiera la destrucción de esas pinturas es realizada solamente por agentes públicos. En octubre de 2014, por ejemplo, un enorme panel de grafiti en el túnel José Roberto Melhem, en el centro de San Paulo, contratado por la alcaldía como parte de un festival de derechos humanos, fue borrado por algunos individuos para dar espacio a la divulgación de un evento festivo promovido por alumnos de la Facultad de Medicina de la Universidad de San Paulo (USP). No era la primera vez que eso ocurría en San Paulo. En julio de 2008, con fundamento en la "Ley Ciudad Limpia" del municipio, una empresa privada contratada por la alcaldía paulistana borró inadvertidamente un mural colectivo de 680m de ancho en la Av. 23 de Maio (Viaducto Júlio de Mesquita Filho). El grafiti borrado reunía trabajos de artistas de gran prestigio, como Nina Pandolfo, Los Gemelos, Nunca, Vitché y Hebert Baglion. El cuaderno Cotidiano del periódico "Folha de São Paulo", en su edición de 27 de julio de 2008, informó que, para la alcaldía de San Paulo, el hecho fue accidental:

"La empresa contratada para pintar la ciudad no es un curador de arte en grafiti", se justificó el secretario Andrea Matarazzo, de la Coordinación de las Subalcaldías. "El pintor no sabe diferenciar un trabajo que tiene valor de uno que no lo tiene." Para retractarse, la alcaldía encomendó un nuevo proyecto a los dos artistas, un panel que debe ocupar el mismo espacio. (Traducción nuestra)

Lamentablemente, esos ejemplos son más frecuentes de lo que nos gustaría, una mera lectura de los archivos de periódicos es capaz de mostrar muchas historias

<sup>21</sup> C MCAULIFFE, *Graffiti or Street Art? Negotiating the Moral Geographies of the Creative City*, Journal of Urban Affairs, vol. 34, n. 2, 2012, p. 193; R. COMUNIAN, *Rethinking the Creative City: The Role of Complexity, Networks and Interactions in the Urban Creative Economy*, Urban Studies, v. 48, n. 6, 2011, p. 1157.

<sup>22</sup> "Rapid removal, harsher penalties, reduced access to spray paint, crime prevention through environmental design such as surveillance, lighting, textured and graffiti proof surfaces, and more powers for police" (K. CRAWLEY, op. cit.).

semejantes, en diversos países. Lanzado en 2013, el óptimo documental “Ciudad Gris”, dirigido por Marcelo Mesquita y Guilherme Valiengo, recuenta muchos de esos pasajes. El hecho es que todos esos incidentes siempre traen grandes perjuicios económicos y sociales para cualquier ciudad y su paisaje creativo. Peter Salibes bastante pragmático en relación al aspecto del perjuicio:

*“Street art can be extremely valuable. Pieces like Mobile Lovers and Slave Labour can easily sell for hundreds of thousands of dollars, and prices regularly climb into the millions. Clearly, many people care a lot about street art. Hence, the destruction or defacement of a valuable work of street art amounts to a substantial net social loss. Unfortunately, street art is under constant threat of being defaced or destroyed. Destruction generally occurs at the hands of building owners, including governments, or government entities acting on building owners’ behalf. Even when street art is extremely valuable, property owners, especially institutional and corporate owners, often fail to recognize the value of the relevant street art and may destroy the piece. This practice is so common that Banksy satirized it in a piece called Cave Painting, which depicts a worker using a power washer to “clean up” priceless prehistoric cave paintings. Aside from property owners, the other significant threat to street art is, perhaps ironically, graffiti. (...) For example, during Banksy’s unauthorized 2013 New York City residency, the artist created over thirty works across the city; of those works, at least twelve have now been defaced or destroyed by graffiti taggers. (...) Truly notable works of street art may draw tourists, leading to commercial growth.”<sup>23</sup>*

Apesar de aquellos episodios, no es de hoy que se le reconoce a los artistas en general, siendo o no propietarios de su obra de arte, el derecho moral (i.e. no necesariamente pecuniario o patrimonial) a la integridad física de su producción artística, lo que la doctrina francófona llama de “droit au respect” y los anglófonos denominan de “right of integrity”. El núcleo esencial de ese derecho es preservar el propio significado de una obra de arte que, al ser alterada en su color, tamaño, forma o composición, puede comprometerlas intenciones originales de su autor, faltándole el respeto, deshonrándolo o comprometiendo su reputación – aún después que la obra haya salido de sus manos.<sup>24</sup>

Efectivamente, la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el más importante acuerdo internacional sobre derechos autorales, firmado el 9 de septiembre de 1886, en Suiza, prevé, en su artículo 6 bis, que *“independientemente de los derechos patrimoniales de autor, ya ún después de la cesión de los citados derechos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a toda deformación, mutilación o a cualquier daño a la misma obra, perjudiciales a su honor o a su reputación”*<sup>25</sup>. Considerado por muchos autores el más importante de los derechos morales, el derecho a la integridad de la obra artística fue reconocido por primera vez en la legislación francesa en 1874. Sin embargo, es verdad que la jurisprudencia y la doctrina francesas, ya reconocían el derecho moral a la integridad, mucho antes de la legislación de ese mismo país. Véase:

<sup>23</sup> P. N. SALIB, *The Law of Banksy: Who Ownes Street Art?*, The University of chicago Law Review, v. 82, n. 4, 2015, p. 2310-2312.

<sup>24</sup> L. D. DUBOFF ET AL., *Art Law: Cases and materials*, New York, 2010, p. 187.

<sup>25</sup> En Brasil, el Decreto n. 75.699, de 6 de mayo de 1975, promulgó la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Traducción nuestra).

*“Ya el 17 de agosto de 1814, en un juzgado del Tribunal Civil del Sena, fue impuesto a un editor, que adquirió el derecho de explotación de una obra, el deber de respetar el derecho a la paternidad y a la integridad de la obra.(...) En la doctrina, Renouard ya aseveraba en 1839, en el célebre Traité des droits des auteur dans la littérature, la science et les beaux-arts, que no era admisible la supresión o alteración de la obra por el cesionario, siendo también vedada la o misión del nombre del autor o de uno de los coautores.”<sup>26</sup>*

Dispositivos de proporción semejante a aquel encontrado en la Convención de Berna, más o menos genéricos al respecto del derecho moral a la integridad, son vistos, por ejemplo, en el art. 25 de la Ley Holandesa de Derechos Autorales (la llamada *Auteurswet*, de 23 septiembre de 1912); en el art. 20 de la Ley Italiana de Derechos Autorales (*Legge 22 aprile 1941 n. 633 sulla Protezione del diritto d'autoree di altri diritti connessi al suo esercizio*); en el art. 14 de la Ley Alemana de Derechos Autorales (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, de 09 de septiembre de 1965); en el art. 1, §2, de la Ley Belga de Derechos Autorales (*Loi relative au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins*, de 30 de junio de 1994); en el art. L121-1 del Código de la Propiedades Intelectual de Francia (Code de la Propriété Intellectuelle, creado por la Ley 92-597, de 1º de julio de 1992), y en el art. 106 A del “Visual Artists Rights Act” (VARA), de 1990, de los Estados Unidos de América.

En ese particular, las normativas suiza y australiana son apuntadas como las más precisas, detalladas y específicas al lidiar con el “right to integrity”: ambas no dejan margen a dudas al respecto de los mecanismos de protección del artista contra la destrucción completa de sus obras. Efectivamente, la Ley Federal de 9 de octubre de 1992 sobre el Derecho de Autor y derechos conexos en Suiza estipula en su art. 15 lo siguiente:

Art. 15 Protección en caso de destrucción

1. Si le propriétaire de l'unique exemplaire original d'une œuvre doit admettre que l'auteur a un intérêt légitime à la conservation de cete xemplaire, il ne peut le détruire sans avoir au préalable offert à l'auteur de le reprendre. Il ne peut en exiger plus que la valeur de la matière première.
2. Le propriétaire doit permettre à l'auteur de reproduire l'exemplaire original d'une manière approprié e lorsque l'auteur ne peut le reprendre.
3. S'agissant d'une œuvre d'architecture, l'auteur a seulement le droit de la photographier et d'exiger que des copies des plans lui soi entremises à ses frais.

Así como en Suiza, también en Australia, el Copyright Act de 1968 reconoce el “right of integrity” en términos bastante explícitos y detallados, con amplias garantías al artista autor:

Division 4 - Right of integrity of authorship of a work

195AI Author's right of integrity of authorship

- (1) The author of a work has a right of integrity of authorship in respect of the work.
- (2) The author's right is the right not to have the work subjected to derogatory treatment.

195AK Derogatory treatment of artistic work

<sup>26</sup> L. E. ZANINI, *Direito de Autor em Perspectiva Histórica*, Revista CEJ, XVIII, n. 63, 2014, p. 21 (Traducción nuestra).



In this Part:

derogatory treatment, in relation to an artistic work, means:

(a) the doing, in relation to the work, of anything that results in a material distortion of, the destruction or mutilation of, or a material alteration to, the work that is prejudicial to the author's honour or reputation; or

(b) an exhibition in public of the work that is prejudicial to the author's honour or reputation because of the manner or place in which the exhibition occurs; or

(c) the doing of anything else in relation to the work that is prejudicial to the author's honour or reputation.

Fue con base en el “droit au respect” y en legislaciones domésticas e internacionales como las referidas arriba, por ejemplo, que la Universidad de Groningen, en Holanda, fue condenada en 1993 por haber destruido un enorme mural de autoría del artista S. R. van den Berg después de una reforma en un edificio de aquella institución académica<sup>27</sup>. Pesaron, pragmáticamente, a favor de la preservación la originalidad y singularidad de la pieza a ser preservada, la significación del trabajo del conjunto de la obra del artista y la propia reputación del autor. Caso bastante semejante, también envolviendo la destrucción de un mural, opuso el escultor indiano Amar Nath Sehgal al Gobierno de India. En 2005, el artista obtuvo importante victoria después que las autoridades indianas removieron, sin su autorización, un gran mural de bronce de las paredes de un centro de convenciones.<sup>28</sup>

Fue también con fundamento en el “droit au respect”, por ejemplo, que se decidió la situación de Bernard Buffet, un artista plástico francés que, en 1958, fue instado a pintar una heladera que sería subastada en un evento de caridad organizado por la Galería Charpentier. Fueron invitados diez artistas para pintar diez refrigeradores. Buffet pintó seis paneles en su heladera (tres en la frente, uno en el tope y más uno en cada lado) y firmó su obra una única vez – ya que, para él, aquellos paneles constituían en su conjunto una única obra de arte (“*indivisible artistic unit*”). Su obra alcanzó la colosal suma de 1,1 millón de francos franceses. Seis meses más tarde, Buffet fue sorprendido con la inclusión de uno de aquellos paneles en el catálogo de una nueva subasta. La descripción indicaba que la obra “Naturaleza Muerta y Frutas”, de Bernard Buffet, era una “pintura sobre metal”. Buffet logró judicialmente impedir que el propietario de la heladera, un señor llamado Fersing, vendiese separadamente su obra.<sup>29</sup>

En Canadá, hay aún un interesante precedente de la Corte Suprema de Ontario constituido en la década de 1980, a partir de la victoria procesal del escultor Michael Snow sobre el Toronto Eaton Centre, que, durante la época navideña, se le ocurrió colocar lazos rojos en una enorme escultura de pájaros del artista. Incomodado con la intervención en su obra *Flightstop*, que consiste en una bandada de gansos de Canadá, dispuesta en el atrio del Eaton Centre, Snow logró judicialmente que los lazos fuesen removidos, pues ofendían la integridad de la obra y la destorcían.<sup>30</sup>

Apesar de toda aquella normativa referida arriba y de los precedentes ya referidos, el derecho a la integridad está muy lejos de ser absoluto y, caso a caso, el magistrado de la causa puede llevar en consideración especificidades como la naturaleza de la obra de arte, la razón para la destrucción, el modo de la destrucción y el

<sup>27</sup> E. J. SCHRAGE, op. cit., p. 214.

<sup>28</sup> M. ILJADICA, *Graffiti and the Moral Right of Integrity*, Intellectual Property Quarterly, n. 3, 2015, p. 166.

<sup>29</sup> J. H. MERRYMAN ET AL., *Law, Ethics and the Visual Arts*, Alphen aan der Rijn, 2007, p. 421; L. D. DUBOFF ET AL, op. cit., p. 187.

<sup>30</sup> M. ILJADICA, op. cit., p. 266.

tratamiento conferido entre las partes. No hay, en suma, una “soberanía del autor” sobre la utilización de su obra. Ese fue el embasamiento, a propósito, del precedente ocurrido entre la municipalidad holandesa de Sittard y el artista plástico conocido como Lenartz, que, bajo encomienda de ese municipio, había construido en 1977 una fuente para un parque en el centro de la ciudad. Doce años después de la construcción de la obra de arte, en 1989, la alcaldía escribió al artista comunicándole su intención de retirar la fuente del local, dada su costosa y complicada manutención. Según la alcaldía, desde su inauguración, la fuente nunca había funcionado bien, entupiéndose con frecuencia y, por esta razón, siendo blanco constante de vandalismo y requiriendo un elevado costo de manutención y vigilancia. El municipio llegó a ofrecer al artista, en carta oficial, la integral disposición de su obra después de la retirada del local. Sin embargo, la oferta no fue aceptada y Lenartz procesó a la alcaldía. La corte holandesa juzgó, aún, que la municipalidad no estaba obligada a todos aquellos costos adicionales y actuó correctamente al retirar la obra, negando la pretensión de Lenartz para que la fuente fuese mantenida<sup>31</sup>. En otras palabras, el derecho de objeción a la destrucción de una obra de arte está sujeto, según la decisión de aquella corte judicial, a una razón proporcional y legítima.

De modo bastante similar, en Francia, en 1976, el Tribunal Administrativo de Grenoble decidió que la alcaldía de la ciudad actuó correctamente al destruir una escultura localizada en un parque de la ciudad que ponía en riesgo la seguridad de los niños que solían jugar sobre la obra.<sup>32</sup>

La jurisprudencia del antiguo *Reichsgericht*, el Tribunal Superior Imperial alemán, con sede en Leipzig y que existió de 1879 a 1945, contempla también un caso peculiar<sup>33</sup>. En aquel proceso, conocido por “Felseneiland mit Sirenen” (caso “Isla Rocosa con Sirenas”), el rico propietario de una mansión en Berlín había decorado las paredes de una escalinata con un enorme fresco que retrataba la escena mitológica de las Sirenas relajando en una isla rocosa. Insatisfecha con la desnudez de las Sirenas, la esposa del dueño encomendó a otro pintor que las cubriese con prendas de ropa. Habiendo tomado conocimiento del hecho, el pintor de las Sirenas procesó a los propietarios de la mansión para obligarlos a remover la alteración de su obra o, alternativamente, para prohibir la divulgación pública de aquella obra adulterada. La corte alemana reconoció la violación del derecho moral a la integridad de la obra del pintor original: su obra no podría haber sido modificada en rebeldía. Además indicó en *obter dicta* que los propietarios de la mansión podían, sí, destruir completamente el fresco sin que eso configurase ofensa al derecho moral del pintor, una vez que la completa destrucción no interfería en el “droit au respect” del autor.

Queda claro, por lo tanto, que el francés “droit au respect” y el anglófono “right of integrity” admiten ciertos balanceos y relativizaciones, inclusive la

<sup>31</sup> E. J. SCHRAGE, op. cit., pp. 211-214. En un caso en todo semejante, el Consejo de Estado francés decidió, en 1963, que el artista plástico Raymond Sudre debería ser indemnizado por la municipalidad de Daixas por la destrucción de una fuente decorada por él con la escultura de una mujer en trajes típicos. La obra nunca fue bien mantenida y la destrucción fue decidida considerar la posibilidad de restauración (Cfr. J. H. MERRYMAN ET AL., op. cit. p. 421-428).

<sup>32</sup> C. MICHALOS, *Murdering Art: Destruction of Art Works and Artist's Moral Rights*, in D. McLean, (Ed.), *The Trials of Art*, Manchester, 2007, p. 173-194.

<sup>33</sup> Referido en su recopilación *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, n. 79, p. 397, de 1912 (RGZ 79,397), y repetido por DREIER ET AL., *Does the Moral Right of the Autor Extend to Destruction of his Work?*, in B. Demarsin, E. J. Schrage, B. Tilleman, A. Verbeke, (eds.), op. cit., p. 233-263.

representatividad, mérito o estatura de la obra y su autor o si es el caso de una obra “site-specific” o no, que puede desnaturalizarse caso sea trasplantada.<sup>34</sup>

En Brasil, la Ley n° 9.610, de 19 de febrero de 1998, que altera, actualiza y consolida la legislación sobre derechos autorales en el país, no huye a aquella sistemática de la Convención de Berna y formula, en su art. 24, inc. IV, el reconocimiento del “droit au respect” en los siguientes términos:

Art. 24. Son derechos morales del autor:

IV - el de garantizar la integridad de la obra, oponiéndose a cualquier modificación o a la práctica de actos que, de cualquier forma, puedan perjudicarla o alcanzarlo, como autor, en su reputación o honor; (Traducción nuestra)

El texto de la norma brasilera es reconocidamente cortés, hablando solamente en “modificaciones” en la obra de arte. La norma parece ser omisa en relación a la destrucción pura y simple de una obra entera y su encuadramiento cabría solo en los actos que, de cualquier forma, puedan perjudicar o alcanzar al autor como tal, en su reputación u honor. Son los aspectos personales que legitiman la protección jurídica y el autor no podrá invocar aquella norma a no ser en los casos en que esté en juego su reputación u honor.<sup>35</sup>

Ya hay, es verdad, casos interesantes en la jurisprudencia brasilera a propósito del derecho a la integridad. Pero los precedentes no cuidan de la cuestión de la integridad de grafitis, sin embargo, pueden indicar algunas luces. Aquí hay algunos ejemplos:

*CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL. DERECHOS AUTORALES. RETIRADA DE ESCULTURAS CONFECCIONADAS BAJO ENCOMIENDA PARA ADORNAR AGENCIAS BANCARIAS. VIOLACIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS OBRAS. AUSENCIA DE PREVIA AUTORIZACIÓN DEL ARTISTA. VIOLACIÓN DEL DERECHO MORAL DEL AUTOR. DAÑO. INDEMNIZACIÓN. La propiedad intelectual no se transfiere, de modo que la adquisición de original no confiere al adquirente los derechos patrimoniales de utilizar, fruir y disponer de la obra, sin la previa autorización del autor, en los moldes de los arts. 24, IV, 28 y 29, VIII y X, de la Ley n. 9.610/98. La retirada de las obras escultóricas, especialmente creadas para componer el proyecto arquitectónico de las agencias bancarias de la CEF [Caja de Ahorro Federal], en San Leopoldo y Porto Alegre/RS, sin la previa comunicación al artista, bien como la destrucción de una de las esculturas, cuando retirada del espacio original, sin su previo conocimiento, configuran la violación de derecho moral del autor, implicando en el resarcimiento por los daños causados. La comprobación del nexo causal entre el acto culposo de la CEF, bien como del abalo emocional sufrido por el autor ansían el pago de indemnización por daños morales, conforme determina el art. 159 del Código Civil. Indemnización fijada con base en el abalo sufrido exclusivamente por el autor, haya visto la ausencia de pruebas conclusivas acerca de la repercusión negativa en su imagen junto al medio artístico y comunidad en general. Gravámenes sucumbientes atribuidos a la CEF, en los moldes del art. 20, § 3º, del CPC. (Tribunal Regional Federal de la 4ª. Región, Apelación Civil 199971000291870, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 25/07/2001, p. 407) (Traducción nuestra)*

<sup>34</sup> M. ILJADICA, op. cit., p. 278 y ss. Obra “site-specific” es aquella especialmente concebida por el artista para un dado lugar o ambiente.

<sup>35</sup> J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Autoral*, Rio de Janeiro, 1997, p. 142.

*DERECHO AUTORAL. INDEMNIZACIÓN. CONCURSO PARA CONFECCIÓN DE OBRA ARTÍSTICA. PANEL DECORATIVO. REPRODUCCIÓN PARCIAL EN LOCALIDADES NO PREVISTAS EN EL EDICTO. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO. (...) DERECHOS MORALES. INALIENABILIDAD E IRRENUNCIABILIDAD. LEY N. 9.610/98. (...)5. El Edicto 02/2002 se destinó "a fijar normas para la realización del Concurso Público de Arte Plástica para la creación y ejecución de Mural decorativo, con las siguientes dimensiones de 11,45m x 6,50m y área de 74,42 m<sup>2</sup>, en el Pabellón de Aulas del Canela", de propiedad de la UFBA [Universidad de Bahía]. 6. Como se ve, el contrato no previó como modalidad de utilización la reproducción de la obra del Autor, aunque en pequeñas partes, en placas de señalización para la circulación de personas en diversas dependencias de la UFBA. 7. La LDA aún afirma que: "Art. 24. Son derechos morales del autor: I - el de reivindicar, en cualquier momento, la autoría de la obra; (...) III - el de conservar la obra inédita; IV - el de asegurar la integridad de la obra, oponiéndose a cualquier modificación o a la práctica de actos que, de alguna forma, puedan perjudicarla o alcanzarla, como autor, en su reputación u honor; (...) (Tribunal Regional Federal de la 1ª. Región, Apelación Civil AC 00251247220044013300, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, y-DJF1 13/08/2010, p. 177) (Traducción nuestra)*

En Brasil, la protección a la integridad del grafiti aún tiene más peculiaridades, empezando por la circunstancia de que ni todo grafiti, aunque muchas veces asociado a la criminalidad, es necesariamente ilegal. De acuerdo con la legislación brasilera, así como en muchos países, es posible distinguir entre el grafiti lícito y el grafiti ilícito.<sup>36</sup> La práctica del grafiti para valorizar el patrimonio público o privado, por ejemplo, desde que consentida por el propietario y poseedor del inmueble, autorizada por el órgano competente, y observadas normas de conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, no constituye crimen. Eso es lo que determina la Ley n.º.12.408, de 25 de mayo de 2011, que descriminalizó en Brasil el acto de grafitar y determinó la prohibición de comercialización de tintas en embalajes aerosol para menores de 18 años. Esa norma federal alteró el artículo 65 de la Ley 9.605/1998, que trata de las sanciones penales y administrativas por actividades lesivas al medio ambiente. A continuación el texto de la mencionada Ley 12.408/2011:

Art. 6º. El art. 65 de la Ley n.º. 9.605, de 12 de febrero de 1998, pasa a vigorar con la siguiente redacción:

“Art. 65. Hacer grafito por otro medio maltratar edificación o monumento urbano: Pena - detención, de 3 (tres) meses a 1 (un) año, y multa.

§ 1o Si el acto fuese realizado en monumento o cosa protegida en virtud de su valor artístico, arqueológico o histórico, la pena es de 6 (seis) meses a 1 (un) año de detención y multa.

§ 2o No constituye crimen la práctica de grafiti realizada con el objetivo de valorizar el patrimonio público o privado mediante manifestación artística, desde que consentida por el propietario y, cuando caber, por el arrendador o arrendatario del bien privado y, en el caso de bien público, con la autorización del órgano competente y la observancia de las posturas municipales y de las normas editadas por los órganos gubernamentales responsables por la preservación y conservación del patrimonio histórico y artístico nacional.”(Traducción nuestra)

<sup>36</sup> El caso más emblemático de criminalización del grafiti ocurrió el día 28 de agosto de 1983, cuando la policía alemana prendió, en el estado de Schleswig-Holstein, al grafitero suizo Harald Naegeli, más conocido como el *Sprayer von Zürich*, contra quien había sido expedido un mandato internacional de captura dos años antes.

Los arts. 2º y 3º de esta misma ley prohíben la comercialización de tintas en embalajes aerosol en todo el territorio brasilero a menores de 18 años, y queda condicionada la venta a mayores a la presentación de documento de identidad. Además, es determinado que toda factura lanzada sobre la venta del producto debe tener identificación del comprador, y que los embalajes deberán contener, de forma legible y destacada, las expresiones “HACER GRAFITI ES CRIMEN (ART. 65 DE LA LEY N° 9.605/98). PROHIBIDA LA VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”. La norma brasilera prevé también sanciones administrativas para el incumplimiento de sus determinaciones, como multa, advertencia y destrucción del producto.

Delante de tales consideraciones, no parece haber duda de que, en el derecho brasilero, el grafitero gozaría de amparo jurídico para garantizar la integridad del grafiti lícito, o sea, aquel efectuado con base en las reglas contenidas en el referido § 2º, del art. 65, de la Ley brasilera n° 9.605/1998. De la dificultad de definir lo que es “valorizar” el patrimonio público o privado, bien como lo que es “manifestación artística”, puede resultar que el grafiti lícito sea apenas el grafiti “autorizado” – ¡esa sería la solución más práctica! Pues claro, las nociones de “valorización” y “manifestación artística” constituyen conceptos jurídicos indeterminados, o sea, términos extrajurídicos, abiertos, polisémicos, cuyo sentido y alcance son ocupados por el margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*) de la autoridad pública al ponderar las circunstancias del caso concreto.<sup>37</sup> Indudable, eso sí, es el hecho de que el grafiti– como manifestación autoral dotada de esteticidad y extensión de la personalidad de sus autores – puede ser inserido en el concepto fijado en el *caput* del art. 7º, de la ley brasilera de derechos autorales, la Ley n° 9.610/1998, como obra intelectual protegida, una vez que se trata de creación del espíritu clasificada en el inc. VIII de ese artículo, *in verbis*:

Art. 7º Son obras intelectuales protegidas las creaciones del espíritu, expresas por cualquier medio o fijadas en cualquier soporte, palpable o impalpable, conocido o que se invente en el futuro, tales como: (...)

VIII - las obras de dibujo, pintura, grabado, escultura, litografía y arte cinética; (Traducción nuestra)

¡La repetición es necesaria, sin embargo, el derecho moral a la integridad de la obra, no es absoluto<sup>38</sup> y puede ser relativizado en virtud de las circunstancias del caso concreto!

¿Y en cuanto al grafiti ilegal o no solicitado? ¿A favor de él hay algún tipo de protección jurídica de su integridad? Es bueno recordar, en ese particular, que el mediático Banksy nunca pidió autorización para pintar sus grafitis millonarios y que atraen hordas de turistas... Ni siquiera se puede considerar de modo indudable que grafitis de Banksy, “Los Gemelos”, Eduardo Kobra o “Nunca” “dañan” la propiedad de quien quiera que sea... Al contrario: ¡ellos sólo la valoran! Esas circunstancias pueden señalar que, en el futuro, los derechos al paisaje y al patrimonio artístico podrán ser

<sup>37</sup> Sobre las muchas dificultades de definirse jurídicamente lo que es una obra de arte, ver, por ejemplo, M. T. FRANCA FILHO, M. L. MAIA, “*Ceci n'est pas um Oiseau*” - *O Juiz como Crítico e o Conceito de Obra de Arte no Direito Tributário, Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, (s/d., *passim*), texto en que es estudiado el polémico proceso *Brancusi v. Estados Unidos*. En aquel caso, la aduana y, después, el judiciario norteamericanos fueron confrontados, al inicio de la década de 1920, con la obligación de definir si una escultura abstracta del gran artista rumano Constantin Brancusi (la obra “Pájaro en el Espacio”) era de hecho una obra de arte o apenas un lingote de bronce pulido.

<sup>38</sup> J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., p. 144.

utilizados también como fundamentos jurídicos para conservar una obra de arte urbana de ese calibre...Mas, eso será objeto de otro estudio.

#### 4 UNA BREVÍSIMA CONCLUSIÓN

El arte empezó en las paredes de las cavernas. Fue preciso proteger y conservar aquellas manifestaciones rupestres para comprender mejor la propia humanidad. Pintores de importancia capital para nuestra historia cívica y artística, además, pintaron paredes en las ciudades.<sup>39</sup>No parece razonable, hoy, dejar de conferir protección jurídica adecuada a las imágenes grafitadas en paredes y muros contemporáneos – sobre todo cuando realizadas lícitamente. Sin embargo, el derecho moral a la integridad de la obra, está lejos de ser absoluto y puede ser relativizado en virtud de las circunstancias del caso concreto. Situado en algún cruzamiento entre los sistemas comunicacionales escriturales (como letra) y los sistemas comunicacionales pictográficos (como trazo), el grafiti merece amparo y protección jurídica, al final, la ciudad es tela, museo, galería, academia y escuela de arte y, en el Brasil actual, más que una opción de un gobierno o un gusto de un gobernante, es un deber fundamental del Estado no solamente garantizar a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, sino, también apoyar e incentivar la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales en general – todo conforme a los términos del art. 215 de la Constitución de 1988.

---

<sup>39</sup> Ejemplo emblemático es la pared ciega (sin ventanas) de 55m de altura que, en 1984, Tomie Ohtake transformó en un enorme y colorido panel abstracto, sin título, en la lateral del edificio Santa Mónica, en la calle Xavier de Toledo, al lado de la estación Anhangabaú del metro y de la Ladera de la Memoria, en el grisáceo y contaminado centro de San Paulo, Brasil.